

U.A.N.

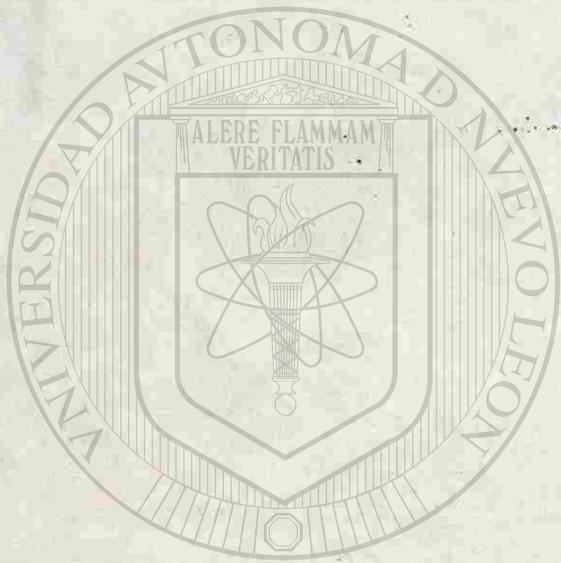
TÓNOMA DE NUEVO

FACULTAD DE DERECHO U. A. N. L.

261



LAS PARTES  
DEL  
DERECHO  
PÚBLICO



BIBLIOTECA  
FAC. DE DER. Y CIENCIAS SOCIALES  
U. A. N. L.

38830

UANI

22-09-98

EX-LIBRIS

ANONIMO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

entre distintos sujetos dotados de *imperium*, ó la organización y funciones de estos mismos sujetos y la relación de ellos con los sometidos al poder (1).

Pero esta oposición no es en modo alguno absoluta. En el Derecho Privado las relaciones entre los individuos es de tal suerte manifiesta, que fácilmente podría llegarse á creer que con ello queda agotada su esencia; pero una observación más sagaz muestra que no es el individuo abstracto el titular del Derecho Privado, esto es, considerado este individuo abstracción de todas las relaciones sociales, sino que el titular de este Derecho es siempre un miembro de la sociedad, ó lo que es lo mismo, el individuo reconocido por el Estado como persona. Así pues, todo Derecho Privado es Derecho Social.

Por consiguiente, cuantas tentativas se han hecho para constituir con un carácter independiente un Derecho Social que no fuera ni Derecho Privado ni Derecho Público, ó de subordinar este último al Derecho Social, han sido rechazadas (2). Trátase, pues, en las relaciones jurídicas individuales de saber si el interés que prevalece en las normas del Derecho objetivo es el individual ó el social. Tampoco es posible concebir totalmente desligados de los intereses individuales los sociales, y por tanto, los intereses del Estado. Todo hecho social y público se encamina, ó debe encaminarse al menos, al bien del individuo.

El Derecho Privado sólo es posible sobre la base del recono-

(1) Véase, para las observaciones que siguen, Jellinek, *System der subj. öffent. Recht*, cap. IV y sig.

(2) La literatura referente á esta cuestión, véase en el *System*, pág. 86, N. 1. La idea de un Derecho Social que comprendiese en sí al Derecho Político, se encuentra ya en los escritos del Derecho Natural. Véase, por ejemplo, Röpner, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften un der Völker*, 2.<sup>a</sup> ed., 1783, pág. 124 y sigs.

cimiento de la personalidad individual, sobre el reconocimiento de cualidades determinadas al individuo, en virtud de las cuales se le coloca en situación de poner en movimiento el poder del Estado en interés de sí mismo. Todo Derecho Privado va unido íntimamente á una exigencia de Derecho Público para que se le reconozca y ampare. Por esto, todo el Derecho Privado descansa sobre los cimientos del Derecho Público (1).

Esto nos enseña *a priori* cuán difícil es en cada caso particular fijar los límites entre el Derecho Privado y el Público. El Estado y las asociaciones de Derecho Público no son tan sólo titulares del poder público, sino que son también sujetos económicos, que con los propio medios que corresponden á cualquiera otra personalidad, administran los bienes, no ejercitando para ello el poder público. Una de las cuestiones que en primer lugar y de un modo manifiesto han de fijarse, debe ser la de determinar en todo orden jurídico completo los límites existentes entre las acciones realizadas por una asociación como sujeto titular de poder público y las acciones que realiza como sujeto económico privado. El Estado puede sustraerse de un modo formal al Derecho Privado totalmente, ó al menos en gran medida. Pero puede también someterse cuando así lo exija la naturaleza de las relaciones jurídicas de que él forme parte. La manera como estos límites se han mostrado, depende de la evolución total del pensamiento de un pueblo acerca de las relaciones totales del Estado con el Derecho Privado. Aquél, como sujeto de derechos patrimoniales, tiene en los sistemas jurídicos particulares una situación que varía de una á otra, y sobre ella sólo la doctrina del Fisco puede informar en cada derecho particular.

(1) *Fus privatum sub tutela Juris Publici latet*, Bacon, «De augm. scient., VIII, 3 (Exemplum tractatus de Justitia universalis)». Works, I, pág. 804.

Esta doctrina es de importancia suma para la historia de la concepción de las relaciones entre el Estado y los súbditos (1). Donde no existía la idea del Fisco como personalidad del Estado en cuanto considerada desde el punto de vista del Derecho patrimonial, no ha podido existir ninguna exigencia jurídica patrimonial del individuo con respecto al Estado. Así sucedía en Inglaterra, donde sólo existía el derecho de súplica, pero no un derecho de acciones contra el Estado, que sólo más tarde fué reconocido, aunque no de una manera formal (2). En Alemania, por el contrario, se considera al Fisco como sujeto de Derecho Privado, atribuyéndosele, por tanto, al Estado, una doble personalidad pública y privada, que es de grande importancia práctica, pues en todo lo que cae dentro del Derecho Privado quedan excluidos los ataques arbitrarios del Estado á la esfera jurídica del individuo. Hoy se ha extendido la convicción de que el Estado, tanto en su aspecto público como en el privado, constituye una sola personalidad, representando su carácter fiscal tan sólo una dirección de esta personalidad. Aquí es precisamente donde se nota la falta de una fijación precisa, y donde nos encontramos en aquel terreno más cuestionable, por tratarse de casos límites. El problema aquí habría de ponerse en estos términos: ¿Cuándo es el Fisco sujeto y objeto del Derecho Público, y cuándo tiene exigencias jurídicas privadas?

Si, pues, de una parte el Derecho Privado sólo es posible so-

(1) Acerca de la historia de la doctrina del Fisco, véase Otto Mayer, I, pág. 47 y sigs., y Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiscus im Bürgerlichen Gesetzbuche*, 1899, pág. 24 y sigs.

(2) Mediante la institución de la *Petition of Right*, que aun hoy sólo mediante un *fiat* de la realeza puede ser llevado ante los tribunales. Véase Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1883, pág. 375; Hatschek, ob. cit., pág. 42 y sigs.

bre la base del Público, éste, en cambio, tiene frente al Derecho Privado una existencia totalmente independiente. El Derecho Público es aquel que establece relaciones entre una comunidad dotada de un poder de autoridad y personas que le son iguales ó le están subordinadas. Su posibilidad y significación ha sido mostrada en los anteriores capítulos; aquí sólo habrá de tratarse de las determinaciones jurídicas más detalladas de aquellos principios generales.

Un poder de autoridad es jurídico porque es limitado (1). Derecho es jurídicamente poder limitado. El poder potencial de la comunidad que manda es mayor que el poder actual. Mediante la autolimitación, alcanza el poder el carácter de Poder jurídico. Esta autolimitación no es arbitraria en modo alguno, es decir, no queda entregada al arbitrio del Estado el someterse ó no á ella. Por obra del proceso histórico que le ha precedido, se le ha dado al Estado el modo y medida de esta limitación. Dentro de límites muy amplios tiene él la posibilidad formal de determinar su propia limitación; mas el decir *si ha de someterse*, esto, no es de su incumbencia.

El poder del Estado no es, por tanto, poder ilimitado, sino un poder ejercido dentro de límites jurídicos, esto es, un poder de Derecho. Todos los actos del Estado, por consiguiente, están sometidos á una evaluación jurídica; sólo cuando relaciones de un carácter extraordinario rompen el orden jurídico, ó cuando dentro de las normas jurídicas no es posible hallar una solución á casos concretos, es cuando entra el hecho en el lugar del De-

(1) Esto ha sido desconocido últimamente por O. Mayer, I, pág. 110 y sigs., quien niega al Estado derechos subjetivos en su verdadero sentido, porque considera que éstos no son sino fenómenos particulares del poder de autoridad general que corresponde al Estado por naturaleza.

recho para devenir él mismo el fundamento de la formación de un nuevo Derecho.

La limitación exterior del poder de autoridad del Estado reside en el Derecho Internacional. Este Derecho es exclusivamente un Derecho entre Estados, en cuanto éstos son independientes unos de otros (1). Todas las acciones del Derecho Internacional son solamente posibles mediante actos de *imperium*. Así, por ejemplo, en todo pacto entre Estados encaminado á crear obligaciones, inside una obligación para el mismo poder de autoridad, la cual sólo puede cumplirse mediante un acto de la autoridad. El Estado dispone—excluyendo lo relativo á su economía privada—de todas sus fuerzas sólo mediante su poder de autoridad, y, por tanto, puede satisfacer estas exigencias en tanto que no corresponden á un orden jurídico privado, exclusivamente mediante aquel poder. Aun las acciones guerreras llevadas á cabo por el Estado, son susceptibles, por consiguiente, de una valoración jurídica, sólo porque el *imperium*, que de un modo tan ostensible se muestra en la guerra, no se ejercita hoy ya ilimitadamente, sino que está sometido al poder jurídico.

Interiormente, las limitaciones del poder del Estado son, en un amplio sentido, consecuencia del Derecho Político. La organización de los Estados descansa en principios de Derecho, principios que determinan, de una parte, tanto el carácter de los órganos, cuanto su organización y competencia. Esta competencia es la que indica los límites de la actividad del Estado

(1) Jamás entre individuos. Véase Jellinek, *System*, 312 y sig. La doctrina desenvuelta por Kaufmann en su obra *Die Rechtskraft des internationalen Rechtes*, 1899, pág. 1 y sigs., la cual pretende de nuevo asignar á los individuos el valor de sujetos de Derecho Internacional, no refuta los principios teóricos de la doctrina dominante, refutación que sólo podría hacerse mediante la prueba de la existencia de la *civitas maxima*.

respecto de la individual. Constituye el segundo problema fundamental del Derecho Político, la fijación de la esfera de los derechos y deberes de los súbditos respecto del poder del Estado. De aquí que el Derecho Político, en un amplio sentido, abarque, tanto los principios jurídicos relativos á la organización del Estado, como los relativos á la competencia de sus órganos y la determinación de derechos y deberes de los ciudadanos frente al Estado. De este amplio concepto del Derecho Político es preciso separar determinadas partes, pues en este sentido que acabamos de darle comprende el Derecho Penal, que se ocupa del derecho del Estado á castigar, de los deberes del condenado de someterse á la pena, y, por consiguiente, tiene por objeto esta disciplina derechos y deberes de carácter público. El mismo Derecho Procesal, tanto en la parte civil cuanto en la penal, se ocupa de determinar los deberes y derechos del juez representante del Estado y de las partes; y no hay duda que la esfera de este derecho pertenece completamente al Derecho Público.

Para comprender la independencia relativa del Derecho Penal y del Procesal en sus varios aspectos, es preciso recurrir al proceso de la historia. Todo lo que se refiere á la esfera del Derecho Privado, cuya gran importancia ha sido reconocida hasta por el Estado absoluto, fué objeto, aun en éste, que no era nada favorable á la ordenación del Derecho Público, de una honda elaboración. La necesidad de reglar el Derecho Procesal y de dictar leyes penales jamás fué objeto de cuestión, incluso en la época en que dominaba la idea de que el poder del Estado no tenía límite alguno respecto de sus súbditos. Entonces es cuando la justicia, provista de la actividad administrativa y subordinada á ciertas normas, adquiere un puesto dentro del sistema del Derecho.

A causa de la íntima conexión que existe entre todas las actividades del Estado, resulta difícil establecer una separación

radical, atendiendo á categorías formales, de las varias disciplinas del Derecho Público. Ningún sistema de Derecho Político puede excluir de su contenido lo relativo á la organización de los tribunales, los principios sobre la situación de los jueces ordinarios, así como el poder penal y disciplinario del Estado, la responsabilidad de los ministros, el procedimiento administrativo; problemas que descansan sobre principios idénticos ó análogos, de igual suerte que necesitan ser objeto de aclaración en un sistema de Derecho Político, las materias relativas á la justicia.

En la época moderna, la administración pública, así como la justicia, han llegado á constituirse en disciplinas particulares. El fundamento de ello, cuando se trata de la administración, es distinto que cuando se trata de la justicia. Durante largo tiempo la actividad administrativa del Estado no tuvo sino un escaso interés jurídico; era objeto de investigaciones que se atenían al principio de finalidad, pero no conforme á principios jurídicos; mas con la formación de una legislación dentro del orden administrativo, lo que acontece desde la implantación del régimen constitucional, es decir, desde la creación de un control jurídico para la administración, se ha hecho más intenso el carácter jurídico de esta actividad del Estado, y, por tanto, el método jurídico para su investigación y estudio. A semejanza de Francia, se ha formado en Alemania, á partir de R. von Mohl, una disciplina que correspondía al *Droit administratif* (*Verwaltungsrecht*), la cual ha sido objeto de elaboración, especialmente á partir de 1860 (1).

(1) La ciencia alemana ha llegado á ejercer un grande influjo en la literatura jurídico-administrativa italiana, como lo prueba la obra no terminada de Orlando, *Primo trattato completo de diritto amministrativo italiano*. Bajo el influjo alemán va abriéndose también camino el reconocimiento de un Derecho Administra-

Es tan imposible trazar una línea divisoria entre el Derecho Político y Administrativo, como cuando se trata del Derecho Político y el Judicial. La distinción entre ambos ha de ser cuantitativa y no cualitativa. El Derecho Administrativo abarca la doctrina del Derecho objetivo relativo á la administración, la de las relaciones jurídicas de la misma y la de los derechos y deberes mutuos entre el Estado que administra y los ciudadanos (1).

No es posible pensar en ninguna investigación completa del Derecho Político en la que se prescindiera totalmente de esta

tivo en los Estados anglosajones, singularmente en lo que respecta á América, cuya jurisprudencia, teóricamente, es muy superior á la inglesa. Contra la afirmación de Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 6.<sup>a</sup> ed., Londres, 1902, pág. 322, de que en los países anglosajones no existe Derecho Administrativo, véanse las acertadas afirmaciones de Goodnow, *Comparative Administrative Law, Student*, ed. New-York y Londres, 1902, I, pág. 6 y sigs. (De esta obra hay traducción castellana publicada por *La España Moderna*), el cual hace notar que esta pretendida inexistencia del Derecho Administrativo en los países anglosajones, tiene su origen en «to the well known failure of English law writers to classify the law» (en la falta que hay en Inglaterra, falta muy conocida, de publicistas que clasifiquen las leyes). La polémica de Dicey, desconocedor de la ciencia alemana (véase pág. 488), con Goodnow, confirma esta afirmación. Como ejemplo expresivo de una obra de Derecho Administrativo en la literatura americana, puede designarse la de E. Freund, *The Police power*, Chicago, 1904.

(1) Véase O. Mayer, I, pág. 18 y sigs., el cual va demasiado lejos en sus exigencias de que se reconozca al Derecho Administrativo plena substantividad, como lo prueban las partes de su obra consagradas á las investigaciones del Derecho Político. Véase también mi análisis del libro de Mayer en el *Verwaltungsarchiv*, V, 1897, pág. 104 y sigs.

materia. Toda exposición del Derecho de un Estado ha de explicar la doctrina de la organización administrativa, de los funcionarios de la administración, las relaciones de ésta con la ley, con los decretos, y, por último, la naturaleza jurídica del acto administrativo. El Derecho Administrativo es, pues, la investigación y exposición detalladas de ciertas partes del Derecho Político, tomado éste en un sentido amplio. La doctrina que hace referencia á la organización y administración de la justicia, habrá de tratarse en el Derecho Judicial.

Lo que permanece extraño al Derecho Judicial y Administrativo es el Derecho Político, en estricto sentido; es lo que según los franceses queda opuesto al *Droit Administratif*, y es designado por ellos *Droit Constitutionnel*, es decir, Derecho Constitucional. No es ésta una expresión acertada para significar lo esencial á la cosa, sino antes al contrario, un concepto equívoco; porque la palabra Constitución se puede tomar en un sentido material ó formal, y según se haga de uno ú otro modo, así habrán de tratarse en el Derecho Político una multitud de materias que, ó no tienen nada que ver con la Constitución, ó tienen una relación escasa. Así, por ejemplo, la doctrina referente á la situación peculiar de los miembros de las dinastías, lo relativo á la ordenación de los asuntos parlamentarios en las Cámaras, lo que hace referencia á las exigencias de Derecho Público de los funcionarios respecto del Estado, lo que toca al modo como el Estado ha de ejercer la fiscalización de la administración municipal, y por último, el ejercicio de la soberanía del Estado en sus relaciones para con la Iglesia.

Al Derecho Político corresponde también la doctrina de la corporación pública (1). En conexión con la doctrina del Dere-

(1) Véase mi *System*, caps. XV y XVII, y además O. Mayer, II, pág. 366 y sigs.

cho Social, al cual se ha considerado como un Derecho paralelo al Privado, se ha desenvuelto la teoría del Derecho corporativo como la doctrina de aquel concepto supremo bajo el cual había de subsumirse todo el Derecho Político. Si, pues, es innegable que toda asociación, incluyendo el Estado, muestra analogías en su estructura, esto no quiere decir que el Estado sea una corporación entre otras, sino la que á todas domina. Así lo ha sido, al menos, en todos los tiempos en que se han mostrado con claridad los fenómenos de la vida del Estado. En el mundo antiguo, y á partir de la época en que el Estado moderno se levanta como un poder victorioso, se manifiesta, no como una comunidad entre muchas, es decir, igual á otras que viven junto á él y en él contenidas, sino única en su tipo. Todas las demás asociaciones de naturaleza no estatista, se hallan influidas en su formación más ó menos por la organización del Estado. El prototipo para el Estado no lo constituye la unión ni la comunidad, sino que, por el contrario, es el Estado el que sirve de prototipo á estas organizaciones, á las que puede además prescribir mediante las leyes, de un modo total ó en sus fundamentos, la manera de organizarse.

Las asociaciones se dividen en privadas y públicas. Las primeras son producto de las acciones jurídicas en el Derecho Privado, y sirven á los mismos fines que éste; es decir, predominan en ellas los intereses individuales. No sólo mediante actos individuales, sino también mediante actos colectivos realizados por asociaciones, pueden ser satisfechos los intereses privados. El orden jurídico interior de estas asociaciones no es, por tanto, extraño al Derecho Privado. De otra parte, los medios por los cuales estas asociaciones se garantizan la satisfacción del orden jurídico que les es propio, no se diferencian de aquellos medios por los cuales los individuos procuran proteger la esfera de su Derecho Privado. A pesar de la situación de las asociaciones privadas con respecto á sus miembros y los dere-

144

## CAPÍTULO TRECE

## Situación jurídica de los elementos del Estado.

## I. El territorio del Estado (1).

La tierra sobre que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio (2) en que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, ó sea la del poder público. En este sentido jurídico la tierra se

(1) Entre la literatura moderna acerca de este tema, pueden señalarse: Fricker, *Vom Staatsgebiet*, «Tübinger Universitätsprogramm», 1867; del mismo, *Gebiet und Gebietshoheit in den Festgaben für Albert Schäffle*, 1901, págs. 3-99; Gerber, pág. 65 y sig.; Laband, I, pág. 172 y sigs.; G. Meyer, § 74; Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, 1886, pág. 44 y sigs.; Seydel, *Bayer. Staatsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., I, pág. 334 y sigs.; Preuss, *Gemeinde*, pág. 263 y sigs.; Heimbürger, *Der Erwerb der Gebietshoheit*, I, 1888, página 26 y sigs.; Curtius, *Über Staatsgebiet und Staatsangehörigkeit*, *Archiv. f. öff. Recht*, IX, pág. 1 y sig.; Heilborn, *Das System des Völkerrechts, entwickelt aus dem völkerrechtlichen Begriffe*, 1896, pág. 5 y sigs.; Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, 1897, pág. 90 y sigs.; Bunn, *Die Gebietshoheit, als rein staatsrechtlicher Begriff durchgeführt*, *Hirtls Annalen*, 1889, pág. 641 y sig.; Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, págs. 20, 36 y sigs.; Seidler, *Jur. Kriterium*, pág. 59 y sigs.

(2) Ó como Zitelmann lo llama, *Int. Pr. R.*, pág. 91, con frase gráfica, «el escenario del poder de autoridad» (*Schauplatz der Herrschaft*).

cho Social, al cual se ha considerado como un Derecho paralelo al Privado, se ha desenvuelto la teoría del Derecho corporativo como la doctrina de aquel concepto supremo bajo el cual había de subsumirse todo el Derecho Político. Si, pues, es innegable que toda asociación, incluyendo el Estado, muestra analogías en su estructura, esto no quiere decir que el Estado sea una corporación entre otras, sino la que á todas domina. Así lo ha sido, al menos, en todos los tiempos en que se han mostrado con claridad los fenómenos de la vida del Estado. En el mundo antiguo, y á partir de la época en que el Estado moderno se levanta como un poder victorioso, se manifiesta, no como una comunidad entre muchas, es decir, igual á otras que viven junto á él y en él contenidas, sino única en su tipo. Todas las demás asociaciones de naturaleza no estatista, se hallan influidas en su formación más ó menos por la organización del Estado. El prototipo para el Estado no lo constituye la unión ni la comunidad, sino que, por el contrario, es el Estado el que sirve de prototipo á estas organizaciones, á las que puede además prescribir mediante las leyes, de un modo total ó en sus fundamentos, la manera de organizarse.

Las asociaciones se dividen en privadas y públicas. Las primeras son producto de las acciones jurídicas en el Derecho Privado, y sirven á los mismos fines que éste; es decir, predominan en ellas los intereses individuales. No sólo mediante actos individuales, sino también mediante actos colectivos realizados por asociaciones, pueden ser satisfechos los intereses privados. El orden jurídico interior de estas asociaciones no es, por tanto, extraño al Derecho Privado. De otra parte, los medios por los cuales estas asociaciones se garantizan la satisfacción del orden jurídico que les es propio, no se diferencian de aquellos medios por los cuales los individuos procuran proteger la esfera de su Derecho Privado. A pesar de la situación de las asociaciones privadas con respecto á sus miembros y los dere-

144

## CAPÍTULO TRECE

## Situación jurídica de los elementos del Estado.

## I. El territorio del Estado (1).

La tierra sobre que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio (2) en que el poder del Estado puede desenvolver su actividad específica, ó sea la del poder público. En este sentido jurídico la tierra se

(1) Entre la literatura moderna acerca de este tema, pueden señalarse: Fricker, *Vom Staatsgebiet*, «Tübinger Universitätsprogramm», 1867; del mismo, *Gebiet und Gebietshoheit in den Festgaben für Albert Schäffle*, 1901, págs. 3-99; Gerber, pág. 65 y sig.; Laband, I, pág. 172 y sigs.; G. Meyer, § 74; Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, 1886, pág. 44 y sigs.; Seydel, *Bayer. Staatsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., I, pág. 334 y sigs.; Preuss, *Gemeinde*, pág. 263 y sigs.; Heimbürger, *Der Erwerb der Gebietshoheit*, I, 1888, página 26 y sigs.; Curtius, *Über Staatsgebiet und Staatsangehörigkeit*, *Archiv. f. öff. Recht*, IX, pág. 1 y sig.; Heilborn, *Das System des Völkerrechts, entwickelt aus dem völkerrechtlichen Begriffe*, 1896, pág. 5 y sigs.; Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, 1897, pág. 90 y sigs.; Bunn, *Die Gebietshoheit, als rein staatsrechtlicher Begriff durchgeführt*, *Hirtls Annalen*, 1889, pág. 641 y sig.; Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, págs. 20, 36 y sigs.; Seidler, *Jur Kriterium*, pág. 59 y sigs.

(2) Ó como Zitelmann lo llama, *Int. Pr. R.*, pág. 91, con frase gráfica, «el escenario del poder de autoridad» (*Schauplatz der Herrschaft*).

denomina *territorio*. La significación jurídica de éste se exterioriza de una doble manera: negativa una, en tanto que se prohíbe á cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado (1). Las asociaciones comunales que forman parte del Estado, tienen, en virtud del poder de autoridad que les está conferido por aquél, un territorio determinado sobre el cual ejercen funciones de autoridad, que, como sucede con el Estado, se exteriorizan de un modo positivo y negativo. Este poder falta á aquellas asociaciones que están dotadas de autoridad, pero que sólo pueden ejercitarla sobre sus miembros, ó á aquellas asociaciones que de un modo excepcional tienen autoridad también sobre terceros, pero siempre con un carácter independiente de todo fundamento territorial.

La necesidad de un territorio determinado, para que pueda tener existencia un Estado, ha sido reconocida por vez primera en los tiempos modernos. La antigua doctrina del Estado concebía á éste como una comunidad de ciudadanos cuya identidad no iba unida necesariamente á la residencia de éstos. Ninguna

(1) De aquí que las iglesias no sean jamás hoy corporaciones territoriales. Si bien Rehm (*Staatslehre*, pág. 36) considera que las iglesias particulares evangélicas tienen un carácter de corporaciones territoriales, porque sus fieles pertenecen, quiéranlo ó no, á la iglesia del lugar de su domicilio, muestra Rehm desconocer con esto la función esencial del territorio, cual es la del sometimiento de los extranjeros que en él residen al poder de la corporación. Sólo mediante el sometimiento á una determinada iglesia de personas de diferentes creencias, sometimiento llevado á cabo en razón del domicilio, adquirirían estas corporaciones el carácter de corporaciones territoriales.

de las definiciones del Estado que nos han sido transmitidas de la antigüedad habla del territorio. Bajo el influjo de los antiguos, se ha ocupado ante todo la nueva doctrina del Estado de los elementos personales del mismo, por lo cual ninguna definición de éste, desde el siglo xvi al xix, habla del territorio como nota esencial del Estado (1). Klüber es el primero que, hasta donde yo conozco, ha definido el Estado como una sociedad civil constituida «con un determinado territorio» (2).

El territorio del Estado tiene dos propiedades: es, de un lado, una parte del Estado, considerado éste como sujeto (3), lo cual es una consecuencia lógica de que los hombres que viven de continuo en un territorio sean miembros de este Estado, y, por consiguiente, el Estado mismo adquiere este carácter sedentario peculiar á sus miembros. Igualmente resulta esto de las relaciones sociales reales. Toda la evolución del Estado y de su actividad, únicamente puede tener lugar dentro de un espacio determinado de territorio. Así como las corporaciones están desprovistas de espacialidad, ha menester el Estado, por el contrario, de una extensión determinada, la cual señala el límite en que su soberanía actúa con la nota de exclusivismo que á ésta le es propia. Aquella extensión territorial es la garantía de que ha de ser posible al Estado llevar á cabo por completo la realización de sus fines. Además, si existieran varios Estados independientes entre sí en un mismo territorio se hallarían en

(1) Según Heffter, *Das europ. Völkerrecht der Gegenwart*, 7.<sup>a</sup> ed., revisada por Geffcken, pág. 37, sería posible el caso de que un Estado cambiase de territorio. Véase acerca de esto también Loening, en el *H. W. der St. W.*, pág. 922.

(2) *Offentl. R. des deutschen Bundes*, 1.<sup>a</sup> ed., 1817, § 1.

(3) La fundamentación de esta doctrina se debe á Fricker, *Vom Staatsgebiet*, pág. 16 y sigs., tomando como punto de partida la concepción orgánica del Estado.

guerra perpetua, no sólo á causa de la oposición permanente de los intereses, sino porque sus conflictos no podrían resolverse por juez alguno (1). De aquí que puedan coexistir en un mismo territorio numerosas corporaciones, pero sólo un Estado. En esta propiedad del territorio, como un momento integrante del sujeto del Estado, descansa la impenetrabilidad de éste (2). En un mismo territorio solamente puede desplegar su poder un Estado. A esta regla pueden oponerse las siguientes excepciones aparentes:

1. Transitoriamente, en fuerza de un condominio, ó para expresarnos de una manera más clara y conforme á la moderna concepción del Estado, en fuerza de un *co-imperium*, es posible á varios Estados ejercer sobre un mismo territorio una soberanía común. Pero esta soberanía impulsa á los co-soberanos á distanciarse, por lo cual, dado la claridad que es preciso exista permanentemente en la extensión territorial de los Estados modernos, sólo puede tener un carácter excepcional aquella situación. Ninguno de los co-soberanos puede jamás incorporar el territorio del Estado al de uno de los sujetos del condominio. Este era el caso de Schleswig-Holstein de 1864 á 1868, y el de Austria y Hungría sobre la Bosnia y la Herzegovina (3). Lo que falta á los co-dominantes es precisamente el territorio conside-

(1) Para conocer los ensayos aislados que han tenido lugar con poca fortuna, encaminados á negar la necesidad del territorio para el Estado ya desenvuelto, véase Rehm, *Staatslehre*, pág. 36. La peculiaridad de la concepción griega, puede verse en el tomo I de esta obra, cap. X, núm. 2.

(2) Fricker, *Vom Staatsgebiet*, pág. 17. Este momento ha sido desconocido por Hacnel, *St.-R.*, I, 803, quien considera que es posible la existencia de dos Estados soberanos en un mismo territorio.

(3) Véase posteriormente el cap. XIX.

rado como elemento subjetivo del Estado. Estas situaciones, poco frecuentes hoy, únicamente podían tener una significación de transcendencia en la época en que, á causa de la confusión entre el Derecho Público y el Privado, ó se desconocía la distinción profunda que existe entre el *dominium* y el *imperium*, ó sólo se le concebía vagamente.

2. En virtud de la existencia de Estados soberanos y no soberanos en las confederaciones de aquéllos, tiene el territorio—y esto es de importancia especial cuando del Estado federal se trata—una doble cualidad, considerado políticamente. Pero como el Estado particular forma parte de la asociación en que consiste el Estado federal, al cual está sometido, se deduce que una relación de esta naturaleza es tan poco contradictoria con el principio anteriormente sentado, como lo es la cualidad de comunidad á la de corporación territorial.

3. Mediante los actos unilaterales ó bilaterales del Derecho Internacional, ó lo que equivale á esto, mediante sus actos tácticos, puede un Estado formar ó autorizar á otros para llevar á cabo actos de soberanía en su territorio, lo que tiene como consecuencia la limitación mayor ó menor del Estado paciente. Mas como estas limitaciones descansan en la voluntad del Estado, tienen el carácter de autolimitaciones del poder del mismo, y, por consiguiente, no aminoran su soberanía. El Estado autorizado, por el contrario, manda sin duda alguna, en fuerza de un derecho propio, pero de un derecho que no es originario, sino derivado.

4. Finalmente, mediante la ocupación militar, el territorio de un Estado puede ser sustraído, en todo ó en parte, temporalmente, al poder del mismo, lo que trae aparejado, en tanto que la ocupación persista, la suspensión total de la actividad del Estado en este territorio, en el que actúa, en cambio, la actividad del Estado ocupante. Pero, aun en este caso, sólo domina en este territorio un poder del Estado, el cual, ó suplanta por

completo al Estado que desalojara, ó se mantiene con él en una relación análoga á la de la gestión de negocios.

El territorio, como momento que corresponde al Estado en cuanto sujeto, es el fundamento de la función negativa que corresponde al Estado en el Derecho Internacional. La exigencia que dimana de la personalidad internacional del Estado, de que todos los Estados extranjeros se abstengan de realizar acciones injustas que lesionen sus intereses, refiérese igualmente á la integridad espacial del Estado. Trátase, pues, aquí, no de un derecho prohibitorio análogo al que puede tener el propietario, sino de exigencias que surgen inmediatamente del reconocimiento de la personalidad. El ser del Estado mismo, y no la posesión de algo que le pertenezca, es lo que engendra la exigencia de respeto al territorio. Las violaciones que se cometen con éste no tienen, pues, en el Derecho Internacional, el carácter de una perturbación en la posesión, sino el de violación de la personalidad misma del Estado atacado (1).

El territorio en este sentido es también el supuesto necesario del ejercicio del poder del Estado sobre los ciudadanos del mismo que viven en otros países. Éstos sólo pueden quedar sometidos al poder de su Estado, hasta tanto que las consecuencias jurídicas de su sometimiento puedan realizarse en el territorio. Á un Estado á quien faltase territorio, le faltarían igualmente por completo los medios de autoridad sobre sus miembros domiciliados en el extranjero.

El territorio es, en segundo lugar, fundamento espacial para

(1) Preuss dice muy acertadamente, *Gemeinde*, pág. 394, que «la violación del territorio del Estado es una violación del Estado mismo, no de un objeto de la propiedad de éste. Corresponde en cierto modo á una lesión corporal, y no se trata de un delito contra la propiedad».

que el Estado pueda desplegar su autoridad sobre todos los hombres que viven en él, ya sean ciudadanos propios ó de un país extraño. Los mandamientos de autoridad del Estado deben realizarse dentro de su territorio, bien traten de asegurar la situación de éste, bien de modificarla. Sólo en este sentido se puede hablar del territorio como de un objeto del dominio del Estado. Sin embargo, á menudo se saca de lo antes dicho una consecuencia falsa, cual es: la de que el territorio mismo está sometido al dominio inmediato del Estado, y que, por consiguiente, existe un Derecho real estatista (1).

Jamás puede, pues, el Estado directamente, sino por la mediación de sus súbditos, ejercer dominio sobre el territorio. El dominio directo jurídico sobre una cosa, dominio que se exterioriza por acciones físicas sobre la misma, es lo que constituye la propiedad (2). El dominio sobre el territorio no es, desde el

(1) La caracterización del territorio como objeto real, y del Derecho del Estado respecto de él como un Derecho real estatista, fué hecha por vez primera por Gerber, ob. cit., pág. 22, y posteriormente ha sido enérgicamente defendida por Laband, I, pág. 173 y sigs.

(2) El dominio real que se exterioriza en la tenencia y disfrute de una cosa, es la nota esencial del derecho real. Los ensayos que se han intentado á partir de Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, pág. 161 y sigs., y Windscheid, *Lehrbuch des Pandekten recht*, 6.<sup>a</sup> ed., I, § 43, para reducir el derecho real á una serie de prohibiciones, conducen á una confusión total entre el derecho personal y el derecho real, y, por tanto, á una revolución de todo el sistema del derecho sin mejorarlo en nada. Desde el punto de vista de esta nueva teoría, resulta completamente incomprensible la doctrina importantísima de las propiedades y diferencias jurídicas de las cosas, las cuales, si no pueden pertenecer al Derecho, tampoco pueden clasificarse jurídicamente. En esta teoría se exteriorizan las graves consecuencias del dogma unilateral de la teoría de la voluntad, apli-

punto de vista del Derecho Público, *dominium*, sino *imperium* (1). El *imperium* significa poder de mando, mas este poder sólo es referible á los hombres; de aquí que una cosa sólo pueda estar sometida al *imperium*, en tanto en cuanto el poder del Estado ordene á los hombres obrar de una cierta manera con respecto á ella. Pero esta misma influencia sobre la cosa resulta de acciones que, ó son jurídicamente indiferentes (2), ó sólo pueden valorarse desde el punto de vista del Derecho Privado, mediante el ejercicio de la propiedad y de la posesión, ó mediante las limitaciones impuestas por el Derecho Privado á este derecho real. En caso de necesidad puede hallarse justificada una violación de la propiedad por el Estado, que en su ejecución podría no diferir en nada de las acciones análogas á ésta llevadas á cabo por un sujeto particular. En la expropiación *subtrahit* á unq el Estado derechos privados para transmitirlos á otro; pero lo que aquí hay de Derecho Público es tan sólo la ordenación de esta

cado á la doctrina del Derecho subjetivo. Véase también Dernburg, *Pandekten*, 4.<sup>a</sup> ed., I, § 22, núm. 5.

(1) Esta antítesis, que se enlaza con la conocida frase de Séneca, *omnia rex imperio possidet, singula dominio*, ha llegado á ser, como dice Laband, un lugar común en el Derecho Político; pero si se pregunta á los que consideran la naturaleza del territorio como un derecho real sobre la distinción entre el *dominium* y el *imperium*, no vacilarán en responder que se distinguen por su naturaleza, su contenido, su fin, etc., y esto no obstante, no nos ofrecen en realidad ninguna nota jurídica con que distinguirlos. El propio Laband (*Staatsrechts*, I, pág. 64 y sigs.), que concibe muy claramente la naturaleza del poder del Estado, y que define con precisión el derecho de mandar y el derecho coactivo del soberano frente á las personas libres, incurre en una contradicción al admitir un dominio real en la esfera del Derecho Público.

(2) Por ejemplo, atravesar mares territoriales de otros con barcos de guerra.

transferencia, pero no el hecho del paso de la propiedad (1). Por esto no hay hoy una propiedad pública distinta en su naturaleza íntima de la propiedad privada, y de aquí que, ni aun en el sentido del Derecho Administrativo, pueda fundamentarse hoy la institución de un derecho real público (2).

Como más tarde habrá de explicarse, hay dos órdenes de actividad del Estado: actividad de poder y actividad social. En el ejercicio de esta última, el Estado se encuentra en el mismo plano que el individuo; es decir, no existe diferencia alguna entre las formas jurídicas de que disponen el Estado y el individuo en relación con el orden social. Por esto, puede hablarse aquí de la actividad del Estado con carácter público, en un sentido social y no en un sentido jurídico. Las relaciones del Estado con su propiedad pueden ser iguales, en todas sus direcciones, á las que mantiene el sujeto privado. Este es el caso, preci-

(1) Así, pues, la situación jurídica de las cosas propiedad de extranjero, las determinaciones sobre las propiedades territoriales de éstos, la expropiación, el derecho de ocupación de los bienes sin dueños y otras limitaciones de la propiedad, las cuales pueden ser consideradas por los manuales de Derecho Internacional como una consecuencia de la soberanía territorial, no tienen, en rigor, otra relación con el territorio que la de ser actos del poder del Estado.

(2) Acerca de la institución de una propiedad pública con el carácter de institución de derecho real público, véase, singularmente, O. Mayer, II, pág. 60 y sigs., *Archiv für öffentl. R.*, XVI, pág. 40 y sigs. Véanse también mis observaciones en el *Verwaltungsarchiv*, V, pág. 311. Una explicación detallada del *status causae et controversiae*, así como la literatura relativa á esto, puede encontrarse en Lauer, *Prinzipien des Enteignungsrechtes* (Jellinek-Auschütz, *Staats-Und völkerr. Abh.*, III, página 616 y sigs.), el cual divide la propiedad, atendiendo á su fin, en pública y privada; pero esta distinción tiene un carácter social, según el mismo autor indica en las págs. 222 y 651.

samente, en todas aquellas cosas que corresponden á su esfera patrimonial. Pero esta relación puede también tomar el carácter de un derecho particular, ya cuando se trate de las propiedades de la corporación Estado, como cuando haga referencia á otras asociaciones públicas, porque de este modo quedan más aseguradas y mejor protegidas contra los ataques de un tercero, y alcanzan mejor la realización de los fines que se proponían—por ejemplo, mediante la prohibición de establecer servidumbres—que cuando se trata de un sujeto privado. Así ocurre con las cosas que corresponden al patrimonio de la administración pública; todas las limitaciones, todos los derechos particulares, no pueden cambiar el tipo fundamental de la propiedad, que consiste en representar la dominación sobre una cosa, dominación amparada y protegida por el orden jurídico existente en cada caso; también el sujeto privado puede limitarse, indudablemente, mediante un interés público en su propiedad privada, porque económicamente más bien tiene el carácter de usufructuario que el de propietario; piénsese, por ejemplo, en las limitaciones del propietario de los montes y de minas (1).

Así, pues, cuando en un orden jurídico determinado se distinga y aun opona la propiedad pública á la propiedad privada, no se hace en rigor otra cosa (como acontece en el Derecho

(1) Jurídicamente la situación de un usufructuario puede ser mejor que la de un propietario. Así, por ejemplo, la ley forestal promulgada en Baden el 25 de Febrero de 1879, en sus párrafos 89 y 90 fija, no sólo normas á que ha de acomodarse la explotación de los bosques de los particulares, sino que á su vez establece reglas coactivas y aun penas, para las contravenciones, que podrían llegar á tener como resultado el sometimiento de la explotación y administración de los bosques particulares por un plazo de diez años al menos, al régimen general.

francés con el *domaine public*) que crear un nombre para el Derecho particular á que nos venimos refiriendo, pero cuya cualidad interna no podría determinarse ni por notas que tuvieran un carácter material jurídico ni por aquellas que lo tuvieran procesal, por ejemplo, por el hecho de someterlo á lo contencioso administrativo.

De lo expuesto se deduce que no hay ni puede haber un dominio sobre las personas distinto del dominio sobre el territorio; más bien debe decirse que todos los actos de dominio realizados dentro del Estado, mantienen necesariamente una relación con el territorio, y este sirve, por consiguiente, de fundamento real del ejercicio total del poder del *imperium*. Todo acto de mando solamente puede alcanzar su plenitud dentro del propio territorio, ó en territorio extraño en virtud de la extensión que permita el Derecho Internacional al propio Poder. Lo que se llama, pues, superioridad del territorio, no es, como ha dicho Gerber de un modo clásico, una función substantiva del poder del Estado, sino que más bien se confunde esta función, desde el punto de vista del Derecho Político, con la totalidad del poder del Estado, considerado dentro del territorio. No es, por tanto, el territorio un objeto independiente del poder del Estado. \*

El derecho al territorio de que habla el Derecho Político no es, pues, sino un reflejo de la dominación sobre las personas, es decir, es un Derecho reflejo, no un Derecho en sentido subjetivo.

La existencia de territorios inhabitados de que hablan los representantes de la doctrina del Derecho al territorio (1), no prueba en modo alguno que la dominación sobre el territorio

(1) Laband, I, pág. 165; Heilborn, pag. 36; Zitelmann, *Internat Privat-recht*, I, pág. 92.

tenga un carácter de Derecho real. El territorio inhabitado es el espacio en que el poder del Estado puede manifestarse, manifestación que tendrá lugar aquí, de igual suerte que en las tierras habitadas (1).

En virtud de la unidad é indivisibilidad del Estado, sus elementos son igualmente unos é indivisibles. Esto tiene valor, sobre todo, cuando se trata del territorio del Estado, máxime si se considera la cuestión desde el punto de vista histórico, pues la indivisibilidad del Estado fué concebida primeramente como la indivisibilidad del territorio. Mucho tiempo antes de que se hubiese hablado ó combatido la doctrina de la división de los poderes del Estado, la escisión que se hacía del Estado mediante las herencias, hizo ver que estas divisiones eran perjudiciales, y al cabo se consideraron inadmisibles. La división del territorio del Estado ha sido consecuencia de haber concebido á éste jurídicamente como entidad de Derecho Privado, al que era extraño el concepto del poder unitario del Estado; más bien se con-

(1) Aun en un espacio donde no habiten hombres, necesita el poder de autoridad del Estado, para existir jurídicamente, que le sea posible probar con hechos su existencia; lo que se traduce, considerado exteriormente, en la posibilidad de rechazar los ataques de que pueda ser objeto, y visto interiormente, en la facultad de llevar á cabo actos de poder sobre las personas que transitoriamente vivan en el territorio. Si un Estado levanta fortaleza, por ejemplo, en un territorio, á este acto no va unido de ningún modo una dominación real directa de carácter público, sino que más bien lo que aquí existen son actos jurídicos privados. La apropiación de territorios, hasta entonces sin dueño, y construcciones mediante las cuales el Estado se asegura á sí mismo la protección y el ejercicio de su poder. Un espacio absolutamente deshabitado, en que además no existiese la posibilidad de ser alguna vez habitado por hombres, no podría ser nunca anexionado en calidad de territorio.

sideraba el poder como un agregado de diferentes derechos reales y personales, y, por tanto, no se podía llegar á alcanzar jamás una visión clara acerca de cómo el territorio era un elemento del Estado. En tanto que no se ha reconocido al territorio la propiedad de ser un momento del Estado como sujeto, hubo de considerársele como una cosa, divisible, por consiguiente, en virtud de su propia naturaleza (1).

La indivisibilidad del territorio del Estado, tal como ha sido expuesta frecuentemente en la época moderna en las constituciones, ofrece una excepción importante. Mediante un contrato entre Estados puede segregarse una parte del territorio y transmitirse á otro, ya á consecuencia de una guerra, ya por otra razón, como es, por ejemplo, la determinación de fronteras ó cesión voluntaria. Estos hechos jurídicos, sin embargo, no prueban que existan en el Derecho Político ó Internacional un Derecho real, pues lo que se transmite no es tanto la tierra nuestra, la cual, en cuanto tal, no puede quedar sometida á la dominación del Estado cuanto el poder sobre los hombres que habitan en aquella tierra. Toda cesión es exclusivamente transmisión de *imperium*. El *imperium* de un Estado retrocede cuando el del otro se extiende. Por esto, en tanto que mediante la cesión disminuye un Estado, el otro aumenta. El efecto primero y próximo del acto de cesión, es un cambio en el Estado como sujeto (2). Sobre la base de esta modificación subjetiva, puede tra-

(1) Para estudiar en Alemania la evolución de la doctrina de la indivisibilidad del Estado, véase la exposición admirable de Gerber, *Über die Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete, Gesammelte juristische Abhandlungen*, II, págs. 441 y sigs., cuyos argumentos no han sido tomados en consideración por la jurisprudencia última, no obstante ser irrefutables.

(2) Cambio, no aniquilamiento ó nueva creación, como dice Fúcker en su ob. cit., pág. 27, ó como afirma Heilborn, *System*,

tar el nuevo adquirente á la parte nueva de territorio como base de su poder. Esta cualidad de objeto que tiene el territorio es, ante todo, precisamente por esto, de naturaleza secundaria y derivada de su propiedad primaria de ser un elemento de la personalidad del Estado. Lo que acabamos de decir vale igualmente para la ocupación en el Derecho Internacional. Lo que es ocupado es el *imperium* sobre un determinado espacio, con las consecuencias naturales de la extensión de la personalidad internacional exteriormente, y del poder de dominación en lo interior.

Cuando se trata de la nueva formación de un Estado, no cabe tampoco afirmar que el poder del Estado toma posesión de la tierra, sino que el Estado nace con la existencia efectiva de un territorio sobre el cual ejerce un poder de dominación. Desde el momento en que Bélgica se hace independiente, el territorio de ésta, que hasta entonces correspondió á los Países Bajos, pasó á ser parte esencial del nuevo Estado.

Lo que se dice del Estado puede igualmente aplicarse á otras corporaciones territoriales, singularmente á las asociaciones municipales, las cuales ejercen sobre su territorio un poder derivado del Estado, aun cuando tengan en una cierta medida independencia jurídica. Respecto de estas corporaciones, el territorio es igualmente un elemento primordial de su personalidad: dominan sobre personas, sobre cosas, y, por tanto, también, aunque sólo de un modo indirecto, sobre su distrito, dentro del cual le es posible ordenar á las personas, realizar determinados actos, valiéndose siempre para ello de medios de De-

pág. 10 y sigs. Un cambio en el territorio es por lo común, no sólo desde el punto de vista material, sino desde el punto de vista formal-jurídico, una modificación constitucional, pero no del Estado.

recho Privado. La mayor parte de la administración municipal es social, no tiene el carácter público, y, por consiguiente, solamente puede llevarse á cabo dentro de las formas jurídicas que caen dentro de aquel orden de Derecho que se refiere á los individuos particularmente y á las asociaciones que no disponen de un poder público. El orden jurídico puede conceder un privilegio á este tipo de actividad, análogo al del Estado, pero sin que por ello se transforme el acto social en acto de poder público.

El reconocimiento de que la relación del Estado con el territorio es de carácter personal y no de carácter jurídico real, es uno de los resultados de más importancia en la doctrina moderna del Derecho Político (1). La concepción del territorio como un Derecho real, conduce en sus últimas consecuencias á la confusión entre poder público y propiedad (2). Esta confusión entre *dominium* é *imperium* puede designarse justamente como la nota más característica de la concepción práctica que la Edad Media tuvo del Estado. Para la escuela del Derecho Natural, por el contrario, el Estado no era otra cosa que una persona corporativa. Como hemos hecho notar ya, no hay definición alguna del Estado desde Bodino á Kant en que se haya hecho mención del territorio; pero si se toca en alguna ocasión á las relaciones jurídicas del territorio, entonces la escuela del Derecho Natural, á pesar de la distinción tan común

(1) En consonancia con Fricker, está hoy expuesta y representada por G. Meyer, § 74; Rosin, *Öff. Genossenschaft*, pág. 46 (si bien sólo en el aspecto de Derecho Político del territorio); Preuss, ob. cit., 262 y sigs.; Curtius, ob. cit., pág. 1 y sigs.; Bansi, ob. cit., pág. 668 y sigs.; Anschütz, *Encyklopädie*, pág. 453 y sigs.

(2) Para estudiar la historia del concepto de la soberanía territorial, véase. Preuss, ob. cit., pág. 291 y sigs.; Heimburger, ob. cit., pág. 11 y sigs.; Bansi, ob. cit., pág. 643 y sigs.

en ella, entre *imperium* y *dominium* (1), acuden como medio explicativo á la idea jurídica feudal del dominio eminente, ó bien á la teoría patrimonial del Estado. El Derecho Político positivo, existente en Inglaterra y en Francia antes de la revolución, no llegó á superar la idea del dominio eminente del rey sobre todas las propiedades. En Alemania subsiste la teoría del Derecho territorial del Estado hasta la terminación de la época imperial. Este es el pensamiento que inside en la doctrina patrimonial la cual asigna un carácter real á la soberanía sobre el territorio. Aun la doctrina alemana del Derecho Político en el siglo XIX, ha estado sometida á los influjos de la teoría patrimonial. Entre los Derechos particulares de soberanía que van unidos á la teoría constitucional francesa de los poderes del Estado, encuéntrase la llamada soberanía sobre el territorio (*jus sublimé in territorium*), de donde se derivan y justifican todas aquellas medidas políticas extraordinarias y sorprendentes acerca de las relaciones con el territorio (2). Á Gerber y Fricker se debe el haber llegado á mostrar con claridad este punto, precisamente por la oposición de sus doctrinas.

(1) Distinción conocida ya por los post-glosadores; véase, Hatschek, *Stellung des fiskus*, pág. 26.

(2) Véase, por ejemplo, Klüber, *Öff. Recht des deutschen Bundes*, 4.<sup>a</sup> ed., §§ 328-329, que considera el ejercicio de la soberanía sobre el territorio como un acto de propiedad del Estado, y deriva de este principio la prohibición respecto á los extranjeros de ocupar las cosas sin dueños. Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, 3.<sup>a</sup> ed., § 60, el cual fundamenta el derecho de expropiación á la manera antigua en el derecho que tiene el poder del Estado al territorio; Zopfl, I, § 273 y sigs., coordina la soberanía territorial con la de justicia, policía y otros privilegios, y en II, § 113, deduce de ello una serie de efectos especiales. Gareis, ob. cit., pág. 138 y sigs., deduce una serie de consecuencias de la soberanía territorial, considerada independientemente de la soberanía personal.

En el Derecho Internacional (1) se ha mantenido viva hasta hoy la idea del carácter de Derecho real de la relación del Estado con el territorio. Conforme á esta concepción, habría de reconocerse, junto á las demás exteriorizaciones del poder del Estado, una soberanía sobre el territorio. La supervivencia de esta concepción en el Derecho Internacional se debe á que los Estados, en sus relaciones internacionales, son siempre considerados como individuos, y de aquí que hayan quedado adheridos al Derecho Internacional, cuando trata de la naturaleza del poder del Estado, tantos vestigios de la antigua teoría patrimonial (2). Sin embargo, todos los fenómenos del Derecho Internacional que aparentemente tienen un carácter de Derecho real, como, por ejemplo, las cesiones de territo-

(1) La antigua doctrina del Derecho real de soberanía, continúa hoy siendo defendida por autores no alemanes. Así, por ejemplo, Calvo, *Le Droit International théorique et pratique*, I, § 205, y sigs.; F. v. Martens (trad. de Bergbohm; hay traducción castellana publicada por la *España Moderna*), *Völkerrecht*, I, § 88, hace derivar el derecho de gravar con impuestos del principio de la soberanía territorial; Pradier-Fodéré, *Traité de Droit International public européen et américain*, II, 1885, pág. 123 y sigs. En esta obra la doctrina del territorio se trata al hablar del Derecho de propiedad; P. Fiore, *Trattato del Diritto Internazionale pubblico*, 3.<sup>a</sup> edic., I, 1887, pág. 342 (de esta obra hay igualmente traducción castellana, publicada por la casa Góngora); Rivier, *Principes du Droit des gens*, 1896, I, pág. 288; Bonfils, ob. cit., pág. 139; Holtzendorff mismo, en *Handbuch des Völkerrechts*, II, 1887, pág. 289 y sigs., también trata de ello. Sin embargo, no falta á estos autores la afirmación de que la soberanía territorial es *imperium* y no *dominium*.

(2) Heilborn, pág. 5, ob. cit., busca el medio de sustraer del Derecho Internacional la doctrina de carácter realista del territorio. Para ello se sirve de la moderna teoría de los Derechos reales; pero sin que podamos sacar nosotros de su polémica un argumento decisivo contra la concepción que aquí exponemos.

rio, las anexiones, las servidumbres por parte de un Estado, la ocupación por un acto contractual, la hipoteca, etc. (1), se refieren á la cualidad subjetiva del territorio y á las condiciones del dominio personal del Estado, el cual no puede obrar sobre la tierra sino de un modo indirecto. Demostrar esto con minuciosidad rebasaría los límites de este libro, pero sería, sin embargo, una obra digna de estima la de liberar á la doctrina del territorio del Estado de toda contaminación de Derecho Privado, é introducirla de esta suerte, al fin, en el Derecho Internacional.

#### 2.—La población del Estado.

Los hombres que pertenecen á un Estado forman en su totalidad la población del mismo. Al igual que el territorio, tiene el pueblo en el Estado una doble función: de un lado, es un elemento de la asociación estatista, al formar parte de ésta, en cuanto el Estado es sujeto del poder público. Designaremos al pueblo, desde este punto de vista, como pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, es decir, pueblo en cuanto objeto (2).

(1) Tal como lo ha demostrado, por ejemplo, Clauss en su obra *Die Lehre von den Staatsdienbarkeiten*, 1894, pág. 47 y sigs., la doctrina de las servidumbres del Estado, derivada de la concepción del Derecho Político según un punto de vista de Derecho Privado, no resiste á la crítica. Lo que se designa de este modo no son sino relaciones puramente obligatorias, como ha hecho ver muy acertadamente v. Liszt, *Das Völkerrecht*, páginas 71 y sigs. y 159 y sigs.

(2) Sólo tiene una significación jurídica la palabra, amplia y equívoca, de *pueblo*, en cuanto se designa con ella el conjunto de los miembros del Estado. La denominación de pueblo, aplicada á la totalidad de los súbditos en oposición al soberano, ofrece un sentido político, pues jurídicamente los individuos

Ambas cualidades han sido por vez primera diferenciadas, gracias á la teoría moderna de la soberanía del pueblo. Rousseau asigna á todo individuo una doble cualidad, á saber: la de ser *citoyen*, es decir, ciudadano activo que participa en la formación de la voluntad común, y la de ser *sujet*, esto es, un sometido á aquella voluntad (1). Las doctrinas posteriores acerca del Estado que han superado al Derecho Natural, reconocieron el pueblo como un elemento del Estado; pero frecuentemente el reconocimiento de la cualidad subjetiva del pueblo lo dejan en un lugar secundario, lo que origina, aun hoy, fácilmente, un error profundo, que consiste en considerar al Estado identificado con el Gobierno ó en suponerlo dividido en dos personas sin lazo jurídico alguno entre sí, una de las cuales sería la del soberano y la otra el pueblo, es decir: la suma de los individuos considerados como objeto del soberano (2).

El fundamento práctico de este error radica en que los efectos de aquella cualidad subjetiva del pueblo no son susceptibles de ser conocidos sino en un estado organizado democráticamente, y aun en las mismas democracias, sólo una parte del pueblo realiza una función activa en el Estado.

Si se parte del conocimiento de la naturaleza corporativa del Estado, se deduce de este concepto la cualidad subjetiva del pueblo de una manera que podría llamarse tautológica. No

titulares de las más altas funciones, en cuanto individuos, están sometidos á la voluntad del Estado expresada en las formalidades de la ley.

(1) «A l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de *peuple*, et s'appellent en particulier *citoyens*, comme participant à l'autorité souveraine, et *sujets*, comme soumis aux lois de l'État.» *Contr. social*, I, 6.

(2) Véase mi obra *System des Sub. öff. R.*, pág. 8 y sigs. Hanel, en su obra *Staatsrecht*, I, pág. 93 y sigs., ha desenvuelto con mucho acierto la doctrina exacta.

sólo se llega al conocimiento del Estado mediante la deducción, sino también mediante un orden de reflexiones que hasta ahora no ha sido expuesto.

Una pluralidad de hombres sometidos á una autoridad común, que no lleguen á poseer la cualidad subjetiva de un pueblo, no sería un Estado, porque á todos les faltaría ese momento que hace de la pluralidad una unidad. Una situación de esta naturaleza correspondería tal vez á aquella en que se encontraba el señor y el feudatario en el mundo medioeval, quienes, en virtud de títulos jurídicos diferentes, poseían una variedad de territorios, que, no obstante ser de un mismo dueño, no constituían una comunidad interior, pues permanecían conscientes de su existencia jurídica distinta, aislada. Actualmente ofrecen un ejemplo muy elocuente de esto los territorios protegidos por Alemania, en los que se muestra cómo la sola unidad interna del poder del Estado no es suficiente para fundamentar una unidad estatista. El poder que protege es idéntico al poder del imperio, y sin embargo, los territorios protegidos no forman una unidad estatista con el reino, porque si bien el pueblo de estos territorios está sometido al imperio, en cambio no comparte con el pueblo, que forma el imperio, la cualidad subjetiva de éste.

Por esto un Estado formado por esclavos, á cuyo frente estuviera un gran dueño de plantaciones, sólo tendría de Estado el nombre. Entre estos miles de esclavos, faltaría un lazo jurídico que uniese los unos á los otros. Estos esclavos, en tal situación, no tendrían la menor conciencia de su existencia recíproca. Cuando la doctrina antigua del Estado limitaba los fenómenos del mismo á los hombres libres, expresaba con esto una de sus más profundas verdades. Sólo entre hombres libres, dice Aristóteles, es posible un Derecho en el sentido político, y sin este Derecho no hay Estado (1).

(1) *Eth. Nic.*, V, 10, 1134.

El pueblo, en su cualidad subjetiva, forma, á causa de la unidad del Estado, una corporación, esto es: todos sus individuos están unidos, enlazados entre sí, en cuanto sujetos del Estado: son miembros de éste, que es, por tanto, al propio tiempo, asociación de autoridad y asociación corporativa. Ambos elementos, el autoritario y el de asociación, se resuelven en una unidad necesaria en la corporación estatista. Á causa de la autoridad del poder del Estado es el pueblo objeto del *imperium*, y se encuentra, desde este punto de vista, en una mera subordinación; mas como los individuos, en su cualidad de elementos del Estado, se hallan en la situación de miembros y son, por tanto, sujetos; viven en este sentido coordinados. Los individuos, en cuanto objetos del poder del Estado, son sujetos de deberes; en cuanto miembros del Estado, por el contrario, sujetos de Derecho.

La subjetividad jurídica se afirma en oposición al Estado (1). Esta subjetividad se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona, esto es, como individuo que posee una esfera de Derecho Público. Tal es el resultado de la evolución total de la cultura, según la cual, en el Estado moderno, todo hombre que está sometido de algún modo al poder del Estado, es al propio tiempo, frente á él, persona. Por esto, aun cuando hoy la situación plena de miembro de un Estado dependa para el individuo de que pertenezca ó no, permanentemente, á este Estado, el que, siquiera sea transitoriamente, se encuentre sometido al poder de un Estado extraño, no sólo es considerado como *subditus* del mismo, sino

(1) Véase, para cuanto se refiere á la parte que sigue, mi obra *System des Sub. öff. R.*

también como *cives temporarius*, que si bien tiene deberes públicos, tiene á su vez derechos de esta naturaleza.

El hecho de pertenecer el individuo al pueblo, se exterioriza también en la existencia efectiva de una esfera de Derecho Público reconocida por el Estado. Son miembros de este pueblo, en su cualidad subjetiva, la totalidad de los miembros del Estado, es decir, aquellos que poseen un *motus* para plantear una exigencia jurídica al poder del Estado. El Derecho público subjetivo es, pues, el fundamento del carácter corporativo del Estado.

La existencia y significación del Derecho público subjetivo del individuo ha sido, dentro de la doctrina jurídica positiva del Derecho Público, el que más tardíamente se ha llegado á conocer. Al principio todo el Derecho Público fué referido al estudio de los poderes del Estado, cuyas funciones se concibieron al propio tiempo como Derechos de soberanía, de suerte que los poderes del Estado aparecían frente á los súbditos y á los Estados extranjeros como una suma de derechos. La jurisprudencia del Estado absoluto no superó esta visión. Más tarde, la concepción que se basa en los restos del Estado feudal, en el reconocimiento de los derechos de soberanía, en los privilegios de individuos y asociaciones, no era capaz de traer á la conciencia científica el concepto del Derecho Público subjetivo del miembro del Estado. Lo que hace esta doctrina es identificar el Derecho del individuo con el Derecho Privado, y sólo en cuanto se mantiene el individuo en la esfera de Derecho Privado le reconoce de un modo manifiesto el Estado el carácter de titular de un derecho (1).

El conocimiento y reconocimiento del Derecho Público subjetivo se ha ido poniendo de manifiesto merced al proceso y

(1) Véase acerca de esto las observaciones interesantes de Otto Mayer, ob. cit., I, pág. 38 y sigs.

evolución de la historia del Estado moderno. En la antigüedad fué reconocida claramente la cualidad de ciudadano como miembro activo del Estado. Se identificaba el ciudadano con aquel que participaba jurídicamente en el ejercicio de la soberanía del Estado. Las demás cualidades jurídicas del individuo no fueron objeto de conocimiento y consideración teórica, porque á los helenos, como á los romanos, les faltó para ello una ocasión política decisiva. De aquí pudo nacer la falsa idea de creer que en el Estado antiguo no existió, en general, una esfera de derechos públicos individuales. En la Edad Media, por el contrario, faltó la concepción de la unidad del Estado, y por tanto, la distinción radical entre el Derecho Público y el Privado. El individuo aparece, dentro de la concepción jurídica de los germanos, con títulos de derechos que no derivan, en modo alguno, de una concesión del Estado. Este es también el caso cuando se trata de las libertades territoriales y de los derechos que corresponden al reino, y por tanto, á sus habitantes frente al rey (1). Las cartas de libertades son tratados de paz ó *modus vivendis* entre el rey y el reino; son relaciones realizadas conforme á contrato entre ambas partes del Estado, y que garantizan á cada uno los derechos que exigían. Que estos derechos fueran de otra naturaleza que los derechos privados, es cuestión que queda extraña al pensamiento jurídico de los germanos; es más, aun aquel derecho que se mantuvo más libre de todo influjo romanista, el Derecho inglés, nunca ha llegado á una estricta diferenciación entre el Derecho Público y el Privado.

(1) En las antiguas cartas de las libertades inglesas hallamos como sujeto de *jure et libertates* unas veces los *homines in regno nostro*, y otras el *regnum* mismo. Véase Jellinek, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, pág. 31, nota 1. (*La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, traducción española del Sr. Posada. Madrid, V. Suárez.)

El Estado absoluto tiene como fin aniquilar completamente el derecho originario individual; pero no puede destruir totalmente la conciencia de la prioridad de los derechos individuales. Aun á los teorizadores del absolutismo, sólo les es posible derivar el derecho ilimitado del monarca del traspaso que originariamente hacen los individuos al Estado del círculo de sus derechos individuales. Para los que no combaten con argumentos teológicos el dualismo medioeval de la doctrina del Estado, los derechos individuales permanecen siempre como anteriores á los derechos del soberano.

El Estado cristiano tenía una competencia limitada. Hallaba en las exigencias religiosas de la Iglesia una limitación insuperable. En los primeros tiempos del cristianismo se afirmó ya la libertad de las creencias religiosas con respecto á las disposiciones del Estado (1). En la lucha vigorosa que se entabla en la Edad Media entre el Estado y la Iglesia, no pretendió jamás el Estado transformar el *jus in sacra*—como aconteció en el antiguo Derecho romano con el *jus sacrum*—en una parte de su propio orden jurídico. Cuando él obligaba coactivamente á una determinada creencia, no lo hacía en nombre propio, sino en cumplimiento de deberes eclesiásticos.

De este dualismo entre el Estado y la Iglesia, unido á la antigua concepción germánica—que jamás había desaparecido—acerca de la prioridad de los derechos individuales, los cuales no crea el Estado, sino sólo reconoce, nace la idea de los derechos innatos del hombre. Las luchas que se originan como consecuencia de la Reforma entre los congregacionistas é independientes en Inglaterra y Escocia, es causa de que surja la doctrina del derecho originario á la libertad de conciencia reli-

(1) Véase v. Eicken, ob. cit., pág. 121.

giosa. Ya he tratado en otro lugar más detalladamente este proceso del pensamiento (1).

Estos derechos hallaron su expresión positiva por vez primera al fundarse alguna de las colonias inglesas en América. Más tarde, cuando hubieron de luchar la Corona y el Parlamento en Inglaterra por el predominio, trataron los ingleses de garantir de todo ataque y poner fuera de duda los antiguos derechos y libertades, obteniendo á este fin el reconocimiento expreso del rey en la *Petition of Right* (1628) y en el *Bill of Rights* (1689). Aun cuando estos documentos responden á una antigua concepción del Derecho y contienen, sin diferenciarlos, principios de derecho objetivo y fijación de derechos subjetivos, son, sin embargo, los primeros intentos de codificación de los derechos públicos del individuo (2). También las colonias americanas, en la época que media entre la *Petition* y el *Bill* de derechos, reunieron varias veces en sus

(1) *Erkl. der Menschen und Bürgerrechte*, pág. 35 y sigs. Véase también David G. Ritchie, *Natural Rights*, London, 1895, página 3 y sigs.; d'Eichtal, *Souveraineté du peuple et gouvernement*, 1895, pág. 47, 71 y sigs.; Rieker, *Historische Vierteljahrschrift*, 1898, pág. 393 y sigs.

(2) La *Petition of Rights* se relaciona por la forma con las leyes existentes, y sólo pretende afirmar de nuevo el antiguo derecho del país, como á menudo se había llevado á cabo en otros reinados, en la forma de *confirmatio chartarum*. En esencia, no contiene sino prescripciones encaminadas á afirmar que debe procederse con arreglo á las leyes existentes, como el rey, á su vez, había afirmado en la respuesta en que concedía la petición á ruegos del Parlamento, según la cual, el derecho debe ser el que corresponde á las leyes y costumbres del reino (*The king willeth that right be done according to the laws and customs of the realm*). En verdad, la petición no es sino una línea divisoria entre los dos poderes enemigos que existían entonces en el Estado, á saber: Rey y Parlamento. Las leyes se describen en él,

leyes coloniales las antiguas y las nuevas libertades que les había concedido la Corona, y que fueron precisamente denominadas después *Bill* de derechos. Independientemente de esta declaración de derechos, en América, y sobre todo en Rhode Island y en algunas otras colonias, principia á reconocerse jurídicamente la libertad de conciencia, si bien á menudo con ciertas limitaciones. Esta libertad se concedía, naturalmente, no sólo á los colonos ingleses, sino á todos los hombres que se establecían en el territorio de la colonia. Por consiguiente, en el

no sólo como normas á las cuales debe acomodarse en su ejercicio el poder del Estado, sino al propio tiempo, como las engendradoras de *Just rights and liberties* de los súbditos. Si, pues, la petición de derecho es el paso primero para determinar de una manera clara las relaciones entre el poder y el pueblo al comienzo de la gran lucha entre la Corona y el Parlamento, es preciso considerar entonces el *Bill of Rights* que confirmó Guillermo III, como el que ha traído la paz, afirmada definitivamente por una nueva dinastía llamada al poder por el Parlamento. La *Petition of Rights* no se propone formalmente crear un nuevo derecho, sino afirmar el antiguo. Se lamenta también de la vulneración del derecho, y exige la declaración de que los derechos expresados «son los derechos y las libertades verdaderas é indudables del pueblo de estos reinos». Como, en verdad, llega á crear la petición un nuevo derecho en este camino de la interpretación auténtica, es cuestión que podemos sólo indicar aquí. También en ella se muestra la indistinción entre el derecho objetivo del país y los derechos subjetivos de los individuos. La mayor parte de su contenido se refiere á los deberes y limitaciones legales de la Corona. De nuevo nos ofrece la antigua concepción dualista del Estado, conforme á la cual, los deberes de la Corona son al propio tiempo objeto de una exigencia jurídica del pueblo. Así como del pacto entre rey y pueblo nace para el príncipe el derecho de que los súbditos obedezcan á la ley, así también el pueblo exige que el rey se mantenga dentro de los límites legales.

siglo xvii se reconoció ya un derecho al hombre en general, que no halló su fundamento en la Carta Magna, ni en las leyes inglesas posteriores á ésta, sino en la conciencia humana, elevada á juez supremo en materia de creencias por obra de la reforma.

El Derecho Natural partía de la libertad originaria del individuo, y hacía derivar de ella la autoridad del Estado; pero este derecho de autoridad no tenía, según la mayor parte de los escritores, limitación alguna, y si la tenía, no era otra que la que el propio soberano se ponía. Rousseau mismo, no conoce que haya límite alguno para la voluntad general soberana. Esta establece iguales normas generales para todos; mas en todo lo que se refiere á la libertad que sigue correspondiendo al individuo adviértese que no hay una ley fundamental restrictiva (1).

Otros tratadistas del Derecho Natural afirman la existencia

(1) Véase *Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, págs. 5 y siguientes. Conviene hacer notar de nuevo que, justamente el principio mediante el cual se hacen prácticos, por vez primera, los derechos del hombre, fué decididamente combatido por Rousseau. En vez de reconocer la libertad de creencias como un derecho absoluto del hombre, exige una religión civil no menos intolerante que las iglesias dominantes. «Il y a donc une profession de foi purement civile dont il appartient au souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentiments de sociabilité sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle. Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'Etat quiconque ne les croit pas... Que si quelqu'un après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de mort; il a commis le plus grand des crimes, il a menti devant les lois.» Entre estos dogmas se cuenta el poder supremo de Dios, la inmortalidad del alma y el premio y castigo según los servicios. Véase *Contr. soc.*, IV, 8. Véase también la carta á Voltaire del 18 de Agosto de 1756, *Oeuvres*, X, pág. 132.

de un derecho originario de libertad, que no ha de ser totalmente absorbido por el Estado (1), sin que haya llegado á construir, basándose en este principio, una doctrina completa de los Derechos Públicos subjetivos. Ésta se ha edificado principalmente como una adición al gran movimiento inglés político-religioso del siglo xvii. Inmediatamente después de haberse publicado la ley del *Bill of Rights*, Locke postuló, partiendo del carácter inseparable que tiene la libertad con relación á la esencia del hombre, las limitaciones que habrían de exigirse al poder del Estado, cuyos fines consistirían en la protección de la vida, la libertad y la propiedad (2). En el siglo siguiente publica Blackstone, su obra famosa, que tanto influye sobre el Derecho inglés y transforma aquellos principios limitativos del poder del Estado, de que hablara Locke, en fórmulas jurídicas objetivas á las que considera como derecho absoluto de todos los ingleses, derivado del Derecho Natural, y al propio tiempo de los principios contenidos en el *Bill of Rights* (3).

(1) Entre los defensores del Derecho Natural, véase, como el más claro, Wolff, *Jus nat.*, VIII, § 980; véase también Esmein, págs. 161 y sigs.; Rehm, *Staatslehre*, págs. 242 y sigs.

(2) *On Govern*, II, XI, § 142.

(3) I, 1, págs. 109 y sigs. Varias veces he indicado el lugar que corresponde á Blackstone en la historia de las concepciones del Derecho Público subjetivo, (véase *System d. subj. öff. Rechte*, págs. 1 y sigs., y *Erklärung den Menschen und Bürgerrechte*, páginas 33, 48 y sigs.). Es inexacta la afirmación que hace Rehm (*Staatslehre*, págs. 247 y sigs.), apoyado en las noticias incompletas de Borgeaud y Foster, de que los comentarios de Blackstone hayan tenido un determinado influjo en las doctrinas americanas de 1776. Más bien fué la obra anónima de Blackstone, aparecida en 1754, *An Analysis of the Laws of England*, la que indirectamente influyó sobre las fórmulas de 1776 (*Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, pág. 53); es igualmente inexacto lo que afirma Rehm, de que proceda de Blackstone la idea

En el curso del siglo xviii las doctrinas del Derecho Natural, juntamente con ciertas situaciones políticas y sociales, fueron causa de que en América se considerasen injustificadas muchas limitaciones existentes respecto á la libertad individual: y surgió la idea de que existe un gran número de derechos gene-

de un derecho de libertad inviolable pero legalmente limitable. Si bien Blackstone explica en el *Analysis* que la libertad política ó civil es una libertad natural, humana, «so far restrained by human laws as it is necessary for the Good of Society» (l. c.), lo que realmente hace no es sino afirmar lo que Locke ya había dicho á quien en este punto (*Commentaries*, I, pág. 126) se refiere de una manera expresa: «for (as Locke has well observed) where is no law there is no freedom». Por lo demás, se trataba aquí de la doctrina remotísima y evidente para el legislador, de si la libertad es conciliable con limitaciones legales. Para descubrir esta trivialidad no necesitaba la humanidad esperar á Locke y Blackstone. La famosa carta de Carlos II otorgada á Rhode-island, contiene ya el reconocimiento de la libertad de creencia, con esta limitación: que no debe consistir ni en abusar de la libertad ni en turbar la paz. (Véase *Erklärung d. M. u. Bürgerrechte*, pág. 42, nota 1.) Además, hay que hacer notar que en la declaración de Virginia y en todas las declaraciones de 1776, comprendiendo en ellas la de independencia, el no hablar de las limitaciones de los derechos fundamentales, no hay duda alguna que se debe á que se considera superfluo. La declaración posterior de Massachusetts, de 1780, á que se refiere Rehm, afirma tan sólo que la protección jurídica debe llevarse á cabo, no arbitrariamente, sino «according to standing laws»; en rigor, esto no es sino la antigua frase que procede de la Carta Magna, según la cual todos los hombres deben sufrir una disminución en sus bienes jurídicos, *per legem terrae*. La diferencia, completamente imperceptible para quien no sea jurista, que quiere mostrar Rehm entre las concepciones de los tiempos primitivos y las de las declaraciones, no existe. Tampoco es exacta su afirmación de que en los contratos de formación de colonia quede excluída toda influencia sobre la libertad de

rales de libertad, que tienen el valor de condiciones bajo las cuales entra el individuo á formar parte del Estado y á las que, por consiguiente, no puede éste atentar, sino sólo impedir su abuso. Cuando las colonias americanas se desprenden más tarde de la madre patria, desempeña un gran papel esta con-

creencias, más bien puede decirse que las Constituciones, á partir de 1776, tienen el mismo lenguaje. La libertad de creencia fué para los americanos, desde su origen, inalienable, y no como opina Rehm, algo meramente afirmado por el contrato social. Así resulta, no sólo de la evolución histórica de las ideas á que nos referimos, sino de los propios documentos legales. Justamente aquella *Fundamental Orders of Connecticut*, que cita Rehm para sus afirmaciones, declara que la nueva comunidad habrá de fundarse para «to mayntayne and preserve the liberty and purety of the gospels»; declaran, por consiguiente, el motivo de la fundación del Estado, pero no el resultado de la misma. Además, relaciones históricas como aquella de que nos estamos ocupando, no pueden comprenderse cuando quedan limitadas á la mera interpretación literal de los documentos. El origen religioso de los derechos del hombre, es hoy defendido aun en Francia, de un modo enérgico y penetrante desde el punto de vista católico, por Saltet, *L'origine religieuse de la déclaration des droits de l'homme*, París, 1903, págs. 56 y sigs., publicado en el Institut Catolic de Toulouse, «Conférences pour le temps présent». Desde el punto de vista protestante, véase Mealy, *Les publicistes de la Reforme*, París. Thèse, 1903, pág. 257. Y adviértase que en Francia se ha querido defender la originalidad de la constituyente francesa frente á mi tesis de las relaciones históricas existentes entre las fórmulas de 1789 y las luchas por la libertad religiosa en las colonias inglesas americanas. De todas suertes, no es este el lugar de ocuparnos de las nuevas publicaciones (pocas en número, francesas, italianas, griegas y americanas) que se han ocupado del origen de la declaración de derechos y de mis afirmaciones acerca de este punto. Sobre las publicaciones francesas, véase Egon Zweig, en el suplemento al *Allg. Zeitung* de 25 de Mayo de 1905. Son de mucha impor-

cepción de los derechos originarios reconocidos por el Estado. Al hacer éste su aparición y al revolverse ellas contra el dominio de Inglaterra, no creen incurrir en una obra revolucionaria, sino que, por el contrario, creen que lo que hacen es ejercitar la defensa de los propios derechos. La Constitución de las colonias, al advenir soberanas, singularmente la de Virginia, va precedida de un *Bill & Declaration of Rights*, que viene á comprender un código resumido de las exigencias que pueden tener los individuos con respecto al poder del Estado (1).

Lo ocurrido en los Estados Unidos de América fué objeto de imitación en Francia. El *Bill of Rights* de Virginia movió á Lafayette á proponer á la Constituyente, en 11 de Julio de 1789, la

tancia las observaciones de Max Weber, *Archiv für Sozialwissenschaft*, 1905, pág. 42, núm. 78. En Alemania ha publicado recientemente R. Schmidt un trabajo, *Prozessrecht und Staatsrecht*, 1904, pág. 24, nota, en que se impugna el valor práctico de los derechos individuales del hombre, á los que se considera solamente como una quimera doctrinal. Si Schmidt hubiese echado siquiera una rápida ojeada sobre las declaraciones de derecho americanas, en las que, precisamente, juega un papel tan importante el principio del *Bill of Rights*, y sobre el que tanto se cuestiona hoy en nuestra vida pública; si hubiera sabido que en Austria se acababa de crear un tribunal especial para proteger á los ciudadanos contra las vulneraciones de los derechos consagrados en la Constitución, y que sobre esta materia ha llegado á desenvolverse una jurisprudencia amplísima; que el tribunal federal suizo (art. 113 de la Constitución) tiene una competencia análoga; y que en Francia, recientemente, se ha tratado de implantar un tribunal semejante, habría meditado mucho su juicio acerca de la significación práctica de estos principios, que, considerados desde el punto de vista jurídico formal, no pueden menos de suscitar reservas.

(1) *Erklärung d. M. und Bürgerrechte*, pág. 13.

promulgación de una declaración de derechos, la que fué terminada después de largo debate é innumerables proyectos en 26 de Agosto de 1789, con el carácter de declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Es indudable que el *Bill of Rights* de los americanos sirvió de modelo para formular los principios de esta declaración (1). En la Constitución de 1791, fué incluida la declaración de Derechos y reproducida en las dos constituciones siguientes. De las posteriores, que se publicaron en Francia, la más importante es la carta de 1814, que sustituye la declaración de los derechos del hombre por una mezquina concesión de derechos; y fué esta carta de grande influjo, porque bajo sus inspiraciones hubieron de reconocer otros varios Estados los derechos del ciudadano. Inmediatamente, la Constitución belga de 1831 incluye una serie mucho más amplia de derechos del ciudadano, que á su vez han llegado á alcanzar exteriorización en muchas otras Constituciones. En el movimiento constitucional que tiene lugar en Austria y Alemania en la época de 1848 á 1849, juega un gran papel la idea de un catálogo de derechos fundamentales. Estos catálogos forman hoy parte de las cartas constitucionales, con la sola excepción del imperio alemán.

Bajo el influjo de este principio constitucional ha nacido la doctrina del Derecho Público subjetivo. En lo que toca á ella, hay dos concepciones fundamentales y opuestas. La una atiende á la estructura del Derecho Público subjetivo, y lo concibe como enteramente análogo al Derecho Privado, no distinguiéndose el uno del otro sino por las personas que in-

(1) Véase *Erklärung*, págs. 8 y sigs., 15 y sigs. Esmein, páginas 395 y sigs., habla de las declaraciones americanas; pero de igual modo que la mayoría de los franceses, al ocuparse de esta cuestión, no reconoce de un modo expreso que aquellas declaraciones sirviesen de modelo á la de Francia.

tervienen en las relaciones jurídicas de carácter público. La preeminencia y subordinación del Estado ó asociaciones públicas respecto del individuo, diferencian á estas relaciones de aquellas otras que pertenecen al Derecho Privado y que consisten en una coordinación. La otra concepción niega la existencia del Derecho Público subjetivo del individuo, y no ve en éste sino un simple reflejo de los principios del Derecho Público. Entre ambos puntos de vista hay muchos otros que por lo común no obedecen sino á obscuridad y á contradicciones doctrinales (1).

Ambos puntos de vista, como sucede por lo común con las opiniones extremas, carecen de exactitud. El primero no ha reconocido que existe una diferencia, en el aspecto formal, entre el Derecho Privado y el Derecho Público; y el segundo no ha advertido que la negación de los derechos públicos pone en

(1) Acerca de la literatura que puede consultarse sobre este problema, véase *System*, págs. 3 y sigs. Entre las obras modernas son dignas de mención, especialmente, Haenel, *Staatsrecht*, I, págs. 93 y sigs., 153 y sigs.; Tetzner, Recensión del libro de Jellinek *System* en *Grünhuts Zeitschr.* XXI, págs. 107-253; O. Mayer, I, págs. 104 y sigs.; véase Stengel, *Die Verwaltungsgewalt und die off. R.* en el *Verwaltungs Archiv*, III, 1895, págs. 176 y sigs.; Longo, *La teoria dei diritto pubblici subbietivi e il diritto amministrativo italiano*, Palermo, 1892; Santi Romano, *La teoria dei diritto pubblici subbietivi* en Orlando, *Primo trattato di diritto amm. it I*, 1900, págs. 110-220; Esmein, págs. 377 y siguientes; Hauriou, *Précis du droit administratif et de droit public général*, 5.<sup>a</sup> ed., 1903, págs. 139 y sigs.; Grasso, *I presupposti giuridici del diritto costituzionale e il rapporto fra lo Stato e il cittadino*, Génova, 1898, págs. 144 y sigs.; Morelli, *Che cosa sono le libertà civili?*, Módena, 1899; Majorana, *La nozione del diritto pubblico subbietivo*, Roma, 1904; Barthelémy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899, págs. 7 y sigs.; Layer, ob. cit., págs. 330 y sigs.

cuestión la posibilidad del orden jurídico, y por consiguiente del Estado.

Por lo que toca á este último punto, conviene afirmar que el Derecho solamente es posible entre sujetos de derecho, y que sujeto de derecho es aquel que puede poner en movimiento el orden jurídico, en interés propio. Pero esta facultad es concedida al individuo, ante todo, en la esfera del Derecho Privado. En ésta no recibe tan sólo el reflejo de la actividad del Estado, como acontece en la función penal y en la de policía; con meros derechos reflejos no hay personalidad. Tales derechos reflejos pueden recaer también sobre los animales, del propio modo que en la época en que el derecho sobre los esclavos hubo de suavizarse, se beneficiaron éstos de la mejora, sin que por ello gozasen de la personalidad. La capacidad que el Estado concede al individuo de mover el orden jurídico en razón de sus intereses personales, crea, como todo poder limitado reconocido por el Derecho al individuo, un derecho subjetivo; por esto corresponde la personalidad al Derecho Público; es la condición del Derecho Privado y de todo el orden jurídico en general, y tal condición, por esta razón, va íntimamente enlazada con la existencia de los derechos públicos individuales.

Estos se diferencian esencialmente del Derecho Privado en que se fundan inmediatamente en la personalidad, y no recaen sobre ningún objeto, como acontece en el Derecho Privado, sino sobre la persona misma. Las exigencias que surgen de estos derechos, y en las que se pone de manifiesto la significación práctica de los mismos, proceden directamente de las facultades que el orden jurídico reconoce á los individuos. Todas estas disposiciones ó facultades describen la relación permanente que existe entre el individuo y el Estado; son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de esa relación y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos. Toda exigencia de Derecho Público nace, pues,

inmediatamente de una determinada posición de la persona respecto al Estado, posición que tomando como modelo el Derecho antiguo, puede ser designada como un Status (1).

El reconocimiento del individuo como persona es el fundamento de todas las relaciones jurídicas. Mediante este reconocimiento, el individuo adviene miembro del pueblo, considerado éste en su cualidad subjetiva. Muéstrase esto aún más concretamente en cuanto da lugar el individuo á una relación jurídica con el Estado, que en otro tiempo fué supuesto de todas ó de la mayor parte de las exigencias para con él. El reconocimiento como persona y como miembro de aquél es la base de todas las exigencias público-jurídicas, que, á causa de esto, comprenden así aquellas con que el Estado procura la seguridad á todos los hombres que caen dentro de la esfera de acción que abarca su poder, como á los que viven en su territorio de un modo permanente en calidad de ciudadanos.

La totalidad de las exigencias pueden dividirse en tres grandes categorías, que corresponden á distintas posiciones del Status de la personalidad.

1. El individuo en tanto en cuanto es persona, sólo está sometido á un poder limitado. La subordinación del individuo al Estado se extiende hasta donde el Derecho ordena, pues toda exigencia del Estado respecto del individuo necesita estar fundada jurídicamente. La esfera de libertad del individuo la

(1) Como las exigencias jurídicas de carácter público no nacen de un objeto que esté separado de la personalidad misma, al ser designada ésta atendiendo á su esencia con una palabra, Status, que indica precisamente una referencia inmediata á la posición de la personalidad, se pone fuera de duda este su carácter esencial. Este fin es el que persigo al considerar los derechos públicos como derivaciones del Status positivo, negativo y activo, así como con la introducción de un Status pasivo de la personalidad; véase System, págs. 76 y sigs.

constituyè aquello que resta para él, abstracción hecha de las limitaciones jurídicas que le son impuestas. Esta libertad, no sólo lo es de hecho, sino que á causa de la limitación del poder del Estado y del reconocimiento de la personalidad, tiene también un carácter jurídico. La situación efectiva de libertad en que se halla el hombre con relación á sí mismo, se transforma en una situación jurídica, precisamente por la limitación de su sometimiento.

La existencia de ciertas restricciones respecto del individuo, ha provocado históricamente la exigencia de que se reconozcan determinados derechos á la libertad. La coacción religiosa y la censura han hecho nacer la idea de la libertad religiosa y de la libertad de la prensa. Los ataques y prohibiciones de la policía han sido causa de que se reconozcan libertades, tales como el derecho á la inviolabilidad del domicilio, al secreto de la correspondencia, derechos de asociación y de reunión, etc. Una observación atenta hace ver que aquí no se trata de derechos particulares, sino sólo del reconocimiento de determinadas direcciones de la libertad individual, una en sí misma, é indica aquel círculo de actividad del individuo que está libre de las ordenaciones del Estado. De esta posición de la personalidad nace la exigencia, por parte de ella, de que desaparezcan todas las disposiciones del Estado que lesionan la libertad.

2. En medio de las exigencias jurídicas de carácter público se encuentran insitas aquellas que se proponen acciones positivas del Estado, en servicio de intereses individuales (1).

(1) Exigencias respecto del Estado, pero no *poder* sobre el Estado, como afirma O. Mayer, I, pág. 100. El poder, es decir, el poder de mando lo tiene el Estado sobre los individuos, y el poder jurídico de éstos, por el contrario, sólo puede consistir, en su relación con la comunidad, en una exigencia análoga á la que deriva en el Derecho civil de una obligación; de aquí

En ellas descansa en primera línea el carácter jurídico de las relaciones entre el Estado y el individuo. Los miembros de un mismo pueblo participan al propio tiempo de la vida jurídica, á causa de la protección que el Derecho dispensa á sus intereses individuales. El poder poner al juez en acción por intereses que nos atañen concretamente es la nota más esencial de la personalidad. Aun cuando esta protección jurídica sea aún embrionaria en muchos Estados, nunca falta por completo. En vano buscaríamos en la historia de los pueblos cultos un Estado sin tribunales de justicia.

De esta posición de la personalidad nacen además exigencias que llaman en ayuda de los intereses individuales á la actividad administrativa del Estado (1).

que sea imposible el poder de autoridad del individuo sobre el Estado, porque dos personalidades no pueden dominarse mutuamente. Véase también Lauer, ob. cit., págs. 337 y sig. En la edición francesa de su obra (tomo I, pág. 143) limita Mayer su afirmación, y dice que no es el Estado mismo el objeto del Derecho Público, sino el ejercicio del poder. Según esto, no hay ya ninguna diferencia esencial entre mi doctrina y la de Mayer.

(1) Esta exigencia no coincide con el derecho general, de que habla Laband (I, pág. 140), á participar en los beneficios de la comunidad estatista; y no se puede afirmar, como lo hace este autor (lugar citado, nota 1), separando de mi sistema algunas frases y rompiendo la conexión de ellas con el todo, que yo, después de «muchas digresiones», reconozco la verdad de su doctrina. Toda exigencia jurídica de carácter público del individuo, necesita individualizarse de algún modo, porque de otra suerte no sería posible diferenciarla de la actividad refleja del Estado. Entre los beneficios de la comunidad estatista se cuentan, sin duda alguna, las prisiones organizadas en consonancia con su fin; favorecen la seguridad jurídica y ayudan á mejorar la condición del delincuente, etc., pero no aseguran al condenado, y mucho menos aún á todo ciudadano del Estado, el derecho á participar en la vida de las mismas. El cuidado de

El derecho reflejo ha de separarse radicalmente del derecho subjetivo en este orden de cuestiones. El Derecho Penal y la policía se proponen proteger los bienes jurídicos del individuo; pero estos fines no sirven de fundamento para proteger ninguna exigencia individualizada. La actividad administrativa del Estado, tal como se ejerce en el Derecho común, favorece también al individuo; lo que el Estado concede lo concede para sus miembros actuales ó futuros, que reciben de este modo sus dones, pero no siempre como teniendo un derecho que les autorice á ello.

El reconocimiento del carácter de miembro que corresponde al individuo, encierra en sí, ante todo, la garantía de aquellas exigencias. De este modo, la posición de la personalidad puede ser descrita como la situación positiva ó de asociado del Estado, que se deriva precisamente de las citadas exigencias de la personalidad. Estas exigencias son lo contrario de las mencionadas anteriormente. Su contenido no lo forma la libertad negativa respecto del Estado, sino los servicios positivos de éste. Ellas constituyen al propio tiempo aquellos efectos reflejos, y la compensación que el Estado ofrece al individuo por los sacrificios que obligan á éste respecto de aquél.

3. La voluntad del Estado es voluntad humana. El Estado consigue, según un orden legal determinado, la colaboración de las voluntades individuales que han de realizar sus funciones. Esto puede hacerlo de dos modos: ó creando obligaciones, ó

los pobres igualmente es un beneficio público, que, por lo común, no da derecho á ser exigido por parte de los que son objeto de socorro. La corrección del curso de los ríos, el saneamiento de las ciudades, las desinfecciones ordenadas como medidas públicas, etc., son beneficios de cuyas consecuencias goza el individuo, pero no como de un derecho.

concediendo un derecho. Estos derechos que concede él para poder realizar sus fines, son el fundamento de una posición más amplia de la personalidad, que consigue de este modo la participación en la actividad del Estado al ser reconocida como titular de un órgano en el mismo. Por esto, como más tarde habremos de mostrar, deben separarse la exigencia individual y la actividad de un órgano, porque esta última pertenece exclusivamente al Estado, de suerte que la exigencia del individuo sólo puede consistir en proponer que se le admita á obrar como órgano. Lo dicho vale, tanto para las exigencias que se puedan tener respecto á la situación de órgano permanente, cuanto á la de participar por el voto en la formación de los órganos del Estado. El hecho de votar mismo es actividad para el Estado, esto es, acción de un órgano (1). De suerte que la exigencia del

(1) La cuestión acerca de si el sufragio es un derecho individual ó una función pública, fué ya tratada en la constituyente francesa. En la sesión del 11 de Agosto de 1791, afirmaron Barnave y Thouret que tenía exclusivamente el carácter de actividad de un órgano del Estado (véase Esmein, pág. 217 y sig.). Posteriormente han dicho esto mismo Royer-Collard, Littré, Fouillé y otros. Véase Coutant, *Le vote obligatoire*, París, 1898, pág. 40 y sigs. En América, Laboulaye y Seaman, y en Inglaterra J. St. Mill, han afirmado el carácter de función del derecho electoral (Coutant, pág. 43 y sig.). Para Alemania, véase Jellinek, *System*, pág. 151 y sig., y G. Meyer, *Das parlamentarische Wahlrecht*, pág. 411 y sig., más las que nombran estos autores. Pyfferoen, *L'Electorat politique*, París, 1903, pág. 7, considera esta doctrina como la dominante en nuestros días. Actualmente, el profesor Hauriou declara (pág. 49) que el derecho electoral tiene el carácter de derecho individual y de función social. Esto es una consecuencia práctica de la doctrina descuvelta por mí, según la cual, necesitan ser unificadas las relaciones jurídicas de los dos elementos que contiene el derecho electoral, carácter dual que se funda en nuestras concepciones actua-

individuo sólo alcanza á su admisión para el acto de votar (1).

Estas exigencias no se proponen ni una omisión ni una prescripción por parte del Estado, sino el reconocimiento por éste

les sobre el Derecho Público. Quien conciba de otro modo el derecho electoral, no podrá menos de eliminar totalmente uno de sus dos elementos necesarios.

(1) Laband, I, en la nota de la pág. 307, hace largas consideraciones contra mi punto de vista respecto á la exigencia al reconocimiento, la cual constituye el fundamento del derecho electoral y de otros derechos públicos subjetivos. Esta exigencia es fruto de un corolario que surge con un carácter de necesidad de mi concepción de los derechos públicos subjetivos, como consecuencia que brota inmediatamente de la personalidad. Si se quiere refutar esta doctrina, es preciso oponerle otra teoría de los derechos públicos subjetivos; pero esto no lo hace Laband en parte alguna de su obra; no da jamás una definición del concepto del Derecho Público subjetivo, como si hubiera permanecido extraño á la literatura moderna sobre esta materia. El reconocimiento de elector (no «el derecho á votar», como me atribuye Laband) tiene como consecuencia jurídica necesaria la admisión al voto, y toda una serie posible de exigencias prácticas de gran importancia (por ejemplo, el derecho á impugnar las listas electorales, el derecho á impugnar el voto), las cuales se desprenden de la cualidad de elector, como, por ejemplo, las innumerables exigencias que nacen inmediatamente que se le concede á un extranjero la cualidad de ciudadano de un Estado. Considera Laband la pertenencia á un Estado, aun cuando sobre este punto no dice nada expresamente, como una situación, pero no la concibe como un derecho. Mi afirmación de que el derecho electoral no consiste exclusivamente en el derecho á votar, no es más paradójica que esta otra: que el derecho á la libertad de pensamiento no consiste en modo alguno, como se pretende, en el derecho á pensar, cosa que admite Laband (tomo I, pág. 138), á causa de los fundamentos de su doctrina sobre el derecho á la libertad. Tampoco es admisible la objeción que hace O. Mayer á mi doc-

de que puede obrar en nombre de él (1). Dichas exigencias ponen de relieve á aquellos miembros del Estado que gozan de ellas, y de este modo forman un derecho de ciudadanía relevante. De aquí resulta, pues, una situación de ciudadano activo, que en la concepción de los antiguos es tanto como decir simplemente de ciudadano. No hay Estado posible donde no haya personas que puedan tener este orden de exigencias. Por lo menos hay una, el soberano, que necesita ser el titular del órgano más

trina, desde el punto de vista de su teoría. Es evidente que, cuando se trata del ejercicio del derecho electoral, no nos referimos tan sólo al acto de depositar una papeleta en la urna electoral, sino á la participación en un acto de nombramiento realizado por el Estado; solo que la actividad individual cesa, allí donde comienza, en el acto del nombramiento, el influjo de la actividad de un órgano. Piénsese, por ejemplo, en la votación del pueblo en una república democrática para los efectos de acordar una ley. En este caso, al individuo, como tal, sólo se le reconoce el derecho á dar su opinión; pero la votación misma, no hay duda alguna que no es un acto individual, sino un acto del órgano superior del Estado. Si se concibe este derecho, como lo hace Mayer, como el «poder sobre los mismos poderes públicos», entonces faltaría en estas democracias el órgano supremo, «el titular del poder de Estado», como lo llaman muchos, y en su lugar vendría á ponerse la suma inconexa de individuos con un poder sobre una quimera, sobre la nada.

(1) Esto se muestra con mucha más claridad donde, como en Bélgica, existe el deber electoral. Allí hay también una exigencia individual del elector de ser admitido á la función pública del voto, cuyo cumplimiento puede dar lugar á una reclamación ante los tribunales. El acto electoral mismo es el cumplimiento de un deber de servicio público, sancionado mediante penas (véase Cód. electoral de Bélgica, arts. 220 á 223). La concepción individualista del Derecho electoral, se encuentra, por tanto, perpleja ante el fenómeno del deber electoral.

alto. De este modo se muestra de la manera más clara la conexión que existe entre el pueblo, subjetivamente considerado, y el Derecho Público. El poder del Estado necesita nacer, en algún modo, del pueblo, esto es: el sujeto titular de este poder ha de ser miembro de la comunidad popular. Así como de un rebaño de esclavos—cosas en sentido jurídico—puestos bajo la posesión de un señor común no puede nacer un Estado, del propio modo tampoco aparece un Estado, en su sentido riguroso, allí donde existen razas sometidas á quienes se coloca fuera de la comunidad del Estado. El poseedor del latifundio romano dominaba á sus esclavos soberanamente; pero no era considerado como jefe de Estado, sino que la antigua doctrina distinguía sagazmente entre poder doméstico y poder del Estado. Las razas originarias de los países protegidos en África, los indios nómadas de la América del Norte, están sometidos á la dominación de los poderes estatistas que sobre aquellos terrenos ejercen su soberanía, pero no son miembros del Estado (1). Entre los grupos sometidos á éste, y que viven no obstante extraños á él, y el Estado edificado sobre la base de la comunidad de hombres libres, hay toda una serie de transiciones. Los pueblos sometidos y los pueblos retrasados pueden tener una participación limitada en la vida del Estado.

El poder de éste necesita descansar, salvo las épocas que hemos llamado de transición, en la convicción popular sobre la legitimidad del mismo; lo cual es aplicable á todas las formas de gobierno, incluso á las monarquías absolutas. Esta aprobación, expresada de distintos modos y con más ó menos vigor,

(1) Es decir, son personas, pero no ciudadanos reconocidos de la Unión. O. Rüttimann, *Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz*, I, 1867, pág. 2; von Holst, pág. 75, los llama «pupilos».

es una condición permanente en la formación concreta del Estado, y constituye precisamente una de las funciones necesarias de la comunidad popular como elemento constitutivo del Estado.

Lo que se ha dicho anteriormente acerca de los individuos, vale, aunque en distinta medida, para las asociaciones existentes en el Estado, en tanto que su personalidad es más ó menos reconocida. Mas también en ellas son distintas las posiciones de aquella y las situaciones que se fundan en estas posiciones. Las exigencias ó derechos que les corresponden se modifican según su naturaleza y el fin que se proponen. Además distingúense las asociaciones de carácter privado de las de derecho público por la diferente significación que les da su distinta naturaleza jurídica, pues en estas últimas, como sucedía en los individuos, el reconocimiento de la personalidad lleva aparejado el que se les dote de una esfera de derecho público subjetivo.

Se ha estado siempre pronto á reconocer la segunda propiedad común á los hombres sometidos al Estado, á saber, la de ser súbditos del mismo, por ser nosotros de un modo más inmediato conscientes de ella que de aquella otra que acabamos de explicar. El individuo está sometido á las órdenes del soberano. Esta sujeción no está enlazada de ningún modo necesariamente con la de miembro de un Estado, ni tampoco va unida al supuesto de la personalidad. El peregrino del antiguo Derecho romano y el sin-derecho (*Rechtlose*) del antiguo Derecho germano, estaban sometidos á la autoridad, sin que su personalidad fuese reconocida por eso: eran sujetos de deberes, no sujetos de derechos. Los grados de esclavitud cambiaban, se modificaban, de igual modo que la situación jurídica de los individuos, é influida por esta situación transformábase el círculo de sus deberes hacia la comunidad. Pero siempre se encontraba sometido á las normas de ésta, de suer-

te que existía para él un doble poder al que se hallaba sometido: el privado de su señor y el público.

Atendiendo á esta segunda propiedad, los individuos, así como las asociaciones ordenadas dentro de un Estado, son objetos del poder de éste, objeto de la soberanía del mismo; pero entre aquella situación de sujetos de derecho y la situación de sujetos de deberes, hay una transición. Existen deberes que no nacen de un modo inmediato del individuo, sino del carácter de miembros del Estado; esto es, están fundados en la participación del individuo en el pueblo, considerado éste en su sentido jurídico. Son estos deberes aquellos cuya satisfacción no implica solamente una prestación al Estado, sino también una acción para el Estado, tal como, por ejemplo, el deber del servicio militar, el de ser jurado, el de aceptar cargos permanentes honoríficos; en una palabra, el deber de cumplir los servicios públicos. Dentro de estos deberes inside un momento de la más alta importancia, que se expresa, en el honor que acompaña á la satisfacción de tales deberes. Así, pues, á la obligación de participar en los servicios del ejército y de la justicia acompaña un honor, ya que es posible estar privado de estas obligaciones mediante una pena.

Mas, aun en aquel orden de cuestiones en que el individuo se encuentra frente á frente del poder del Estado y exclusivamente obligado á él, no puede concebirse esta relación como descansando en una separación plena entre el sujeto y el objeto del Derecho, sino que más bien se muestra aquí la unidad de todos los elementos del Estado, á pesar de las separaciones posibles de sus distintas cualidades. Esto se advierte principalmente si se observa, no al individuo particular sometido, sino al pueblo en su totalidad. En lo que respecta al individuo, su sometimiento al poder del Estado puede llegar hasta el aniquilamiento mismo de la personalidad, en forma de pena. En tanto que el individuo no tiene sino mero deber de obediencia, no es sujeto

de derecho. Hay una situación del individuo, la de sometimiento, en la que se encuentra despojado de toda personalidad y no es sino sujeto de deberes.

La obediencia de la totalidad de los sometidos tiene, en cambio, otro carácter; es el complemento del poder del Estado, sin el cual no puede éste existir. Un poder que manda y no es obedecido, pierde su carácter de poder de autoridad. Considerado más de cerca, se ve cómo todo el poder del Estado descansa en la obediencia de los súbditos; toda su actividad es obediencia transformada. Sus funciones sólo pueden satisfacerse mediante prestaciones reales y personales del individuo y de la comunidad. Únicamente por medio de éstas pueden existir, querer y ejecutar lo querido. Es principio que sirve para todos los Estados, el de que la medida de su fuerza y de su vigor ha de buscarse en la mayor ó menor exactitud con que sus miembros le obedecen y satisfacen sus deberes.

Mediante la comunidad de derechos y deberes únense entre sí los miembros de un pueblo. Esta comunidad recibe su expresión jurídica objetiva por la organización del Estado. Por obra del poder unitivo de éste, la pluralidad de los miembros constituye la unidad del pueblo. Esta unidad es la del pueblo del Estado, la de la multitud fundida, gracias al mismo. He aquí el fundamento de por qué el pueblo, en un sentido jurídico, no es pensable fuera del Estado, del propio modo que el territorio sólo puede concebirse como su dominio espacial, al que no es posible, abstracción hecha del Estado, representarlo, como una parte de la superficie de la tierra desprovista de significación política. Esto explica, al mismo tiempo, la gran dificultad que acompaña á estas investigaciones de principios. Los elementos particulares del Estado se condicionan mutuamente, y por esto, sólo es posible aislar á uno de ellos de un modo hipotético, ya que cada cual tiene como supuesto á los demás. De esta dificultad, y de la insuficiente observación de su existencia,

nacen los mayores errores en la doctrina del Estado. Singularmente, esta manera de considerar aisladamente al pueblo ha conducido á concebirlo fuera del Estado (1), con lo cual, resulta imposible un conocimiento adecuado de las más importantes relaciones de aquél.

Lo que se ha dicho con respecto á las relaciones entre el individuo y el Estado, se puede aplacar también á las relaciones del individuo con las sociedades dotadas de *imperium*. Todas las posiciones de la personalidad se repiten en los miembros de estas asociaciones; pero una explicación más detallada de estas relaciones rebasaría los límites propios de una doctrina general del Derecho Político.

### 3.—El poder del Estado.

Toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, que ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, que ha de ordenar y ha de dirigir la ejecución de sus ordenaciones, es precisamente el poder de la asociación. Por esto, toda asociación, por escasa fuerza interna que posea, tiene un poder peculiar que aparece como una unidad distinta de la de sus miembros.

Hay dos órdenes de poderes: poder dominante y poder no dominante. ¿En qué consiste la distinción de ambos (2)? El poder simple, el poder no dominante de la asociación, se caracteriza por serle posible dar órdenes á los miembros de la

(1) Aún hoy se siente el influjo de estos errores; así lo prueba la literatura de los pueblos latinos, en cuyas lenguas se usan como conceptos equivalentes los de Estado y Nación; ésta es una de las causas principales de error.

(2) Véase para lo que sigue, *System*, págs. 204 y sigs.

asociación, pero carece de fuerza bastante para obligar con sus propios medios á la ejecución de sus órdenes. Todo miembro de una asociación que no posee poder de autoridad, puede en cualquier ocasión sustraerse á ella. ¿Debe permanecer en la asociación, ó debe, en virtud de los estatutos, y á pesar de su salida de la asociación, satisfacer siempre las obligaciones respecto á ésta? Para lo segundo, sería preciso la autorización ó la orden de un poder autoritario que estuviese sobre la asociación misma (1). Esto es aplicable á todas las asociaciones que no disfrutan de *imperium* y no sólo para aquellas en que se ha entrado voluntariamente. Se ve con mucha claridad esta cuestión si se observa la situación de la asociación más poderosa que existe fuera del Estado: la Iglesia católica con respecto á sus miembros. Según la doctrina católica, el bautismo y la ordenación imprimen un carácter indeleble á los que reciben estos Sacramentos. Pero si el Estado no sanciona esta imposibilidad de salirse de la Iglesia ó del estado de sacerdocio, entonces falta á la Iglesia el medio apropiado para dar validez á sus normas respecto de los que se separan de ella y se reintegran á una situación laica. No obstante el enorme poder de la Iglesia sobre sus miembros, no está hoy dotada de un poder de autoridad, á no ser que el Estado le preste su brazo.

Por lejos que pueda ir el poder de una asociación simple en sus órdenes, tiene ésta un límite en lo que respecta á la posibilidad de ejecutar por sí sus normas, límite que se encuentra en la voluntad de los miembros. Le es dable establecer

(1) Véase el Código civil alemán, § 39. Los miembros de una asociación están autorizados para salir de la misma; los estatutos pueden determinar que la salida sólo pueda llevarse á cabo á la conclusión del año comercial, ó después del transcurso de un cierto plazo de despido, plazo que á lo sumo podrá ser de dos años.

todo un sistema de principios jurídicos para éstos, y hasta fijar determinadas penas. Pero quien no se quiera someter al derecho y á la pena, no puede ser constreñido por ella á hacerlo. Los medios de que dispone para sancionar sus prescripciones son de un carácter disciplinario. Así, pues, su poder es un poder disciplinario, pero no un poder de dominación (*Herrschergewalt*).

Este poder disciplinario existe ya en un gran número de relaciones de Derecho Privado entre personas individuales. Existe allí donde se fundan relaciones jurídicas permanentes, que no tienen como contenido exclusivamente prestaciones económicas; piénsese en los aprendices, en los criados, en los trabajadores de las fábricas, en los marineros, los cuales, en sus relaciones con sus patronos, señores y capitanes, tienen también un momento ético (1). Para regular estas relaciones y hacerlas corresponder á sus fines, en una palabra, para conservar el orden, puede el señor usar de la reprensión y de otras penas.

Aparentemente nos hallamos aquí ante un derecho de mandar, con medios propios de poder para realizar sus órdenes, sólo que, en último término, nos encontramos con que el medio más fuerte de que es posible usar es, la disolución de la relación personal, la supresión de la asociación, pues, á pesar de aquel poder disciplinario, el sometido á este poder puede en todo tiempo separarse de la asociación (2), si la fuerte mano del Estado, esto es, la fuerza de la ley, no le mantiene dentro de ella, y

(1) Véanse las acertadas observaciones acerca de esto de Emile Steinbach, *Erwerb und Beruf*, 1896, pág. 24 y s., *Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation*, 1897, págs. 1 y sig.

(2) La subordinación á una asociación privada, sin derecho á salirse de ella, equivaldría á esclavitud. Véase A. Leist, *Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit in künftigen Reichsrecht*, 1899, pág. 11.

se sustrae de esta suerte á la pena disciplinaria (1). Por último, el individuo no tiene otro medio de ser protegido con respecto á la asociación que consintiéndole la ruptura del lazo que le mantiene unido á ella en calidad de miembro, á menos que no le esté prohibida esta medida por el Estado. El poder de dominación, por el contrario, es un poder irresistible. Dominar quiere decir mandar de un modo incondicionado y poder ejercitar la coacción para que se cumplan los mandatos (2). El sometido á cualquier poder puede sustraerse á él, á menos que se trate del poder de dominación. Cualquiera otra asociación puede expulsar; pero la asociación dotada de derecho de dominación puede mantenerlo, en virtud de la fuerza que le es originaria, dentro de la asociación. Sólo es posible salir de un Estado para someterse á otro. Al imperium no puede sustraerse hoy nadie, incluso aquel que vive errante, á menos que huya á un desierto ó á las proximidades del polo. Sólo de este modo consiente hoy el Estado en la disolución del lazo entre él y sus miembros; pero siempre fija él, mediante el orden jurídico, la capacidad de cambiar de ciudadanía y de emigrar, y determina las condiciones bajo las cuales puede ser

(1) Así lo han fijado las nuevas leyes de funcionarios, incluso para los del Estado. La evolución que han experimentado las concepciones en el espacio de un siglo, muéstranse en la oposición entre el *Allgemeine Landsrechtes*, parte II, título X, §§ 95 y 96, y la ley de los funcionarios del Imperio de 1873, § 75 y 100, en la que se dice que el mismo funcionario que esté sometido á una investigación disciplinaria puede sustraerse á la pena, mediante la renuncia de su destino.

(2) A la doctrina que fundara Gerber, ob. cit., págs. 3 y siguientes, y 21, de la dominación, como nota esencial del poder del Estado, no han opuesto sus adversarios hasta ahora una investigación sobre la naturaleza del poder de mandar.

concedida ó negada dicha ciudadanía (1). La petición de que se quiere salir del Estado, ó allí donde esto no es preciso, la declaración de que se desea romper con dicho Estado, no exime al emigrante de cumplir con los deberes permanentes que resultan de su cualidad de súbdito, ya que mediante su acto unilateral no puede romperse esta relación. Así, por ejemplo, él no puede menos de sufrir las penas que se le hayan impuesto, puesto que el Estado no pierde su poder coactivo. Cuando ha cumplido con sus obligaciones jurídicas, singularmente el servicio militar, es cuando el Estado le concede el derecho á emigrar.

El poder que está dotado de esta fuerza es un poder de dominación, y, por consiguiente, poder del Estado. La dominación (Herrschen) es la cualidad que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes. Allí donde hallamos el poder de dominación, bien sea en una sociedad inserta en la vida del Estado ó en un individuo, es porque procede del poder del Estado. Incluso cuando esta dominación ha llegado á ser derecho propio de una asociación, no tiene un carácter originario, sino que es siempre poder derivado (2).

(1) En ningún país basta la simple declaración de la voluntad para perder la ciudadanía, muy al contrario de lo que ocurre para salirse de una sociedad privada. Ó bien se exige el cambio de domicilio fuera del territorio del Estado para la perfección de esta ruptura, ó bien surge como un resultado inevitable de otros actos jurídicos.

(2) Véanse los escritores citados en la N. 1, pág. 270 de mi obra *System*. Además, Haenel, *Staatsrecht*, pág. 800. Br. Schmidt, *ob. cit.*, págs. 65 y sigs. Ellos comprueban el hecho indudable de que también las asociaciones que no tienen un carácter estatista ejercitan un poder de dominación; pero al igual que los demás autores, no demuestran que estos medios, coactivos, desde el punto de vista del Derecho moderno, puedan considerarse originarios. El Derecho originario de dominación en las asociaciones no es hoy otra cosa que una forma de auxilio propio,

Este principio corresponde á las relaciones de los modernos Estados. Antes de la consolidación de éstos, desde el comienzo de la época moderna, no había podido tener aplicación. Se trata, pues, de una categoría histórica, no de una categoría absoluta, para juzgar en general de las asociaciones dotadas de un poder de dominación. En la Edad Media existían innumerables asociaciones que no tenían un carácter estatista, y que ejercitaban en mayor ó menor medida como derecho que les correspondía á ellas originariamente, el poder de dominación, incluso cuando se trataba de una asociación que había formado históricamente parte de la esfera del Estado, y más tarde se había desprendido de él. La Iglesia, singularmente, tenía substantividad propia y una fuerza de dominación que no le había dado el Estado, puesto que á menudo la ejercitaba violentamente contra él. También había innumerables asociaciones humanas, tales como las de los señores feudales, que ejercían el poder de dominación como atributo que les era propio y no prestado por el Estado, ó al menos, si éste se lo había prestado, usaban de él de un modo independiente y como si conforme á su substancia no estuviese contenido en el poder del Estado. He aquí por qué apenas si nos es posible, con nuestros conceptos modernos del Derecho Político, mostrar de un modo definido los límites que en este otro mundo político de la Edad Media existían entre el Estado y las asociaciones que no eran el Estado.

que el Estado moderno prohíbe en principio y sólo reconoce de un modo excepcional por concesión expresa. De la larga polémica de Preuss, *Städt. Amtsrecht*, págs. 132 y sigs., contra la doctrina que en el texto se defiende, no se deduce el carácter originario del derecho de dominación en ninguna de las actuales comunidades que no tienen un carácter de Estado, y de esto es de lo que aquí se trata: de mostrar su posibilidad histórica, no dialéctica.

Al fortalecerse el poder del Estado en la lucha que hubo de sostener con las fuerzas que le combatían, fué apropiándose los poderes de todos los miembros subordinados al Estado, y de esta suerte fué completando el sometimiento de todos á su poder. El Estado adviene el gran Leviatán que va devorando todas las fuerzas públicas. Aun allí donde deja subsistir una fuerza exterior á él, aprópiasela en la forma, porque él se afirma á sí mismo como el principio originario de los sometidos, aun cuando les conceda frente á él un poder de relativa independencia. Esto se pone de manifiesto en el derecho que á sí mismo se atribuye de disponer, mediante sus leyes, en su territorio, de todo el poder de dominación. Es verdad que el Estado moderno reconoce á todos los individuos y á todas las asociaciones un círculo de libertades que están limitadas por las leyes, pero no puede reconocer, á causa de su propia esencia, un derecho de dominación substantivo, propio, infranqueable para él. El punto de vista opuesto es irreconciliable con el moderno concepto del Estado, y no halla apoyo á causa de esto, ni aun en los hechos. No es posible mostrar una sola asociación que no sea el Estado, y que en razón de su naturaleza tenga un derecho de dominación que no corresponda al Estado. No explica, pues, esta doctrina la realidad de las relaciones jurídicas; lo que hace es transformar la realidad, en la cual quisiera de nuevo implantar instituciones que habían sido tomadas de la esfera del pensamiento de la Edad Media. Esta es una teoría propia de la política romántica, la cual es tanto menos posible que pueda realizarse cuanto que la teoría de que el Estado es el depositario exclusivo del poder de dominación, es el resultado de la evolución general de la historia moderna, resultado que se halla á su vez confirmado prácticamente por el hecho de que el Estado, mediante sus leyes, preste ó sustraiga á las asociaciones que le están sometidas el derecho de dominación. La doctrina del Derecho Natural del *pouvoir municipal*, que nace en Francia

en el curso del siglo XVIII como una corriente de oposición al régimen centralista absoluto para llegar á dominar por breve tiempo durante la Revolución francesa, y cuyo influjo se ha echado de ver más tarde en la teoría constitucional del Derecho Natural alemán, esta doctrina, decimos, nunca ha llegado á cambiar el hecho del sometimiento pleno de los municipios á las leyes del Estado (1).

El principio de que el poder de dominación sólo corresponde primariamente al Estado, no es únicamente el resultado de la evolución absolutista del continente en los siglos XVI al XVIII, sino que encuentra también su confirmación en las relaciones políticas de Inglaterra y los Estados Unidos—donde la concepción jurídica germana pudo conservarse con mucha más pureza que en los Estados continentales—los cuales se vieron más ó menos influidos por la doctrina romanista del Estado. Según el sentir de los juristas ingleses, todo *imperium* existente en los municipios ó en cualquiera otra corporación, significa una delegación del poder del Estado (2). Todo acto del poder de dominación considérase allí como un acto del poder del Estado, y la auto-administración inglesa no es otra cosa que «la actividad local del poder del Estado». Otro tanto ocurre en América. No obstante haberse formado allí colonias que tenían el carácter de comunidades, de las cuales surgieron posteriormente los Estados, todo el derecho de estas comunidades americanas descansaba en concesiones hechas por leyes del Estado, que incluso van menos lejos que muchas otras dictadas en el continente europeo, lo que en verdad concuerda muy íntima-

(1) Véase *System*, págs. 264 y sigs. Hatschek, *Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung* (Jellinek-Meyer, *Abhandlungen*, II, 1), 1898, págs. 34 y sigs.

(2) Véase Hatschek, *Selbstverwaltung*, págs. 20 y sigs. Además, *Engl. Staatsrecht*, I, págs. 41 y sigs.

mente con la forma peculiar de la administración del Estado en los Estados de origen inglés (1).

La voluntad que ha de cuidar de la comunidad y ha de proveer á sus fines, puede, en las relaciones primitivas ó durante las conmociones en la vida del Estado, adoptar el carácter de un poder de hecho. Mas en un Estado ampliamente desenvuelto ó en una situación normal, ha de tener el carácter de un poder jurídico. Como él no puede obrar de un modo permanente mediante órdenes particulares, sino según reglas fijas, necesita á su vez instituciones firmes para darse á sí mismo seguridad. De aquí que sean precisas, como fundamento de su actividad, relaciones de voluntad, permanentes, fijas é independientes de personas individuales. Estas relaciones de voluntad, ordenadas mediante reglas fijas, son precisamente las relaciones jurídicas. En el concepto, pues, del poder del Estado está contenido ya el concepto de orden jurídico. De aquí que el poder del Estado, en su organización y en sus relaciones con sus fines, sea el objeto del Derecho Político. Todo Derecho Político es una doctrina de los poderes del Estado, de sus órganos, de sus funciones, de sus límites, de sus derechos y de sus deberes.

Es, pues, imposible un conocimiento pleno del Estado, sin que á su vez haya un conocimiento de su derecho. Sería anti-científico no considerar al Estado sino desde el punto de vista del Derecho, y explicar la ciencia del Estado como una disciplina exclusivamente jurídica. Y aún es menos científica una doctrina del Estado en que se olvide tratar el elemento jurídico del mismo; aquella doctrina podría intentar abarcar la totalidad de aquél, valiéndose de los métodos histórico, político y sociológico.

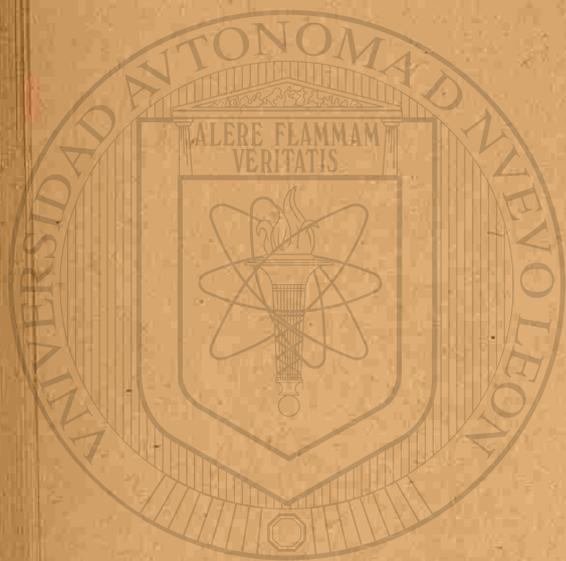
(1) Véase von Holst, ob. cit., pág. 174; Cooley, *The Constitutional Limitations*, págs. 223 y sigs. Véase también el capítulo XIX de esta obra.

Si se ponen en relación las explicaciones anteriores con la investigación que habíamos hecho acerca de la naturaleza del Estado, se advierte cuán hondo es el fundamento del principio de que el Estado, en su aspecto jurídico, no es otra cosa que la fuerza de dominación originaria de que está dotada la corporación de un pueblo sedentario.

Mas esta definición origina muchos otros problemas. Ante todo surge la cuestión acerca de las propiedades del poder del Estado; esto es, la cuestión relativa á las notas que distinguen al poder del Estado de aquel otro poder que no es del Estado. ¿En qué se conoce que la fuerza de dominación de que está dotada una asociación es un derecho que le corresponde originariamente, ó sólo de un modo derivado, y, por tanto, que como derecho le es extraño? ¿Cuáles son los límites del concepto Estado? Estado y no Estado, ¿se encuentran separados hasta el punto de que no sea posible hallar grados intermedios? ¿Hay varias clases de Estado, ó este concepto no consiente variedad alguna?

Nos encontramos aquí, ante todo, frente á la doctrina de la soberanía del Estado. ¿Qué es soberanía? ¿Es una nota necesaria al poder de aquél?

Después habremos de ocuparnos de la doctrina de la indivisibilidad del poder del Estado.



## CAPÍTULO CATORCE

### Las propiedades del poder del Estado.

#### I. La soberanía.

##### 1.—Historia del concepto de la soberanía.

Ninguno de los conceptos fundamentales del Derecho Político está tan necesitado de una investigación acerca de su evolución histórica como el de soberanía. Pero no se trata aquí de la historia de la literatura de este concepto, con objeto de conocer los diversos matices que ha recibido el ser tratada por distintos escritores (1), sino que esta exposición pretende mos-

(1) Para la historia dogmática del concepto soberanía, véase Hancke, *Bodin, Eine Studie über den Begriff der Souveränität*, 1894 (en Gierke, *Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte*, 47); Landmann, *Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern*, 1896; Dock, *Der Souveränitätsbegriff von Bodin bis zu Friedrich dem Grossen*, 1897; Dock, *Revolution u. Restauration über die Souveränität*, 1900; Rehm, *Geschichte*, págs. 192 y sigs.; *Allg. Staatslehre*, págs. 40 y sigs.; Merriam, *History of the theory of Sovereignty since Rousseau*, New York, 1900; Bryce, *Studies in History and jurisprudence*, Oxford, 1901, II, págs. 49 y sigs. (el penúltimo muestra un profundo conocimiento de la moderna literatura alemana, en tanto que el último la desconoce). Se habla á menudo en la bibliografía so-

trar la situación histórico-política de donde ha nacido este concepto. La soberanía es, en su origen histórico, una concepción de índole política, que sólo más tarde se ha condensado en una de índole jurídica. No se ha descubierto este concepto en el gabinete de sabios extraños al mundo, sino que debe su existencia á fuerzas muy poderosas, cuyas luchas forman el contenido de siglos enteros. Este proceso histórico no ha sido hasta ahora dibujado con precisión. En las páginas que siguen señalaremos sus rasgos esenciales.

1. La nota característica del Estado, y que le diferencia de todas las demás comunidades humanas, la constituye, según Aristóteles, la *autarquía* (1). Este concepto antiguo no tiene parentesco alguno con el moderno de soberanía. La autosuficiencia significa, para la antigua doctrina del Estado, aquella propiedad mediante la cual los esfuerzos de los hombres, por completarse unos á otros, habían de hallar en él una satisfacción plena. El Estado necesitaba, pues, estar constituido de tal suerte, que por su propia naturaleza no tuviera necesidad de ninguna otra comunidad que le completase; no contradice, pues, de ningún modo su esencia, el encontrarse respecto de otra comunidad en una situación real de dependencia, en éste ó en aquél orden de relaciones. Lo que ha menester es poder existir independientemente de este Estado, al cual está subordinado, el que, por tanto, no puede constituir una condición necesaria

bre la historia de la soberanía, de una evolución en este concepto, aun cuando hay épocas que apenas se han señalado. Más bien que una evolución se advierte con frecuencia una vuelta al punto de partida, pues con frecuencia se hallan en los escritores de ahora los mismos errores que se echan de ver en la literatura del siglo xvi.

(1) Πόλις-πατὴς ἔχουσα περὰς τῆς αὐταρχείας. Pol., I, 1252, b, págs. 28 y sigs.

de su existencia (1). Aristóteles sólo exige para el Estado ideal la independencia potencial y actual respecto del exterior, independencia que se funda tal vez no tanto en su naturaleza de poder supremo, cuanto en la situación que le es propia al Estado de ser en sí mismo suficiente para satisfacer todas sus necesidades (2).

Del concepto de la autarquía no se deduce consecuencia alguna acerca de las condiciones mutuas de los Estados empíricos, ni respecto de la amplitud del poder de dominación que le corresponde en lo interior. La autarquía no es, pues, una categoría jurídica, sino ética, por cuanto se trata de la condición fundamental de que depende la satisfacción de los fines del Estado, la realización del εὖ ζῆν de la vida perfecta.

Este concepto tiene raíces muy hondas en la concepción helénica del mundo y de la vida, y sólo puede comprenderse par-

(1) μὴ γὰρ ἐν τῶν ἀδυνάτων ἢ πόλιν ἄξιον εἶναι καλεῖν τῆν εὖ ζῆν δούλην αὐταρχῆς γὰρ ἢ πόλις, το δε δούλον οὐκ αὐταρχῆς. Polit., IV, 1291, a, pág. 9 y sig. Justamente, la situación de Grecia, desde la batalla de Queronea, debería haber motivado en Aristóteles una concepción distinta acerca de la esencia de la *polis*, si hubiese considerado que la independencia jurídica y real era una característica fundamental del Estado. Mas con el principio de que la *polis*, por naturaleza, no está determinada á una relación de dependencia, podían muy bien concertarse las relaciones de dependencia real.

(2) Véase Pol., VII, 1326 b. La población del mejor Estado debe ser tan numerosa como lo exija la autarquía, y la tierra debe producir todo lo que se necesite: κατὰ γὰρ πάντα ὑπάρχειν καὶ ἵσθηται μὴδὲν αὐταρχῆς; por consiguiente, lo que es preciso que posea es, no independencia jurídica, sino independencia moral y económica. Véase también Rehm, *Geschichte der Staatsrechtslehre*, págs. 91 y sigs., el cual ha mostrado de un modo convincente que las relaciones de dependencia no contradicen el concepto aristotélico del Estado.

tiendo de éstas. La antigua *polis* posee la posibilidad moral de aislarse del resto del mundo, porque lo tiene todo en sí misma, no sólo lo que puede ser necesario á la vida, sino también lo que da á los hombres un valor. La *polis* no necesita del mundo bárbaro, ni tampoco de sus hermanas las ciudades griegas, para cumplir su fin. El concepto de la autarquía no nos enseña nada acerca de la libre determinación del Estado en su conducta, sobre su derecho y administración, sobre su política interior y exterior.

Aún se nos presenta el asunto con más claridad si observamos este concepto en los cínicos, y más tarde en la *Stoa*, donde llega á ser considerada como la cualidad esencial del individuo ideal, esto es, del sabio (1). El deber supremo que impulsa á los cínicos y á los estoicos es el alcanzar la autarquía, única que les brinda la virtud, la posesión de la que les ha de hacer independientes del mundo exterior y les hará posible satisfacer el cumplimiento riguroso de las normas éticas. De aquí han deducido los cínicos que el sabio no se ha de considerar unido al orden del Estado (2); los estoicos, por el contrario, no exigen independencia jurídica exterior respecto del Estado (3). El estoico debe participar en la vida de él, á menos que fuerzas exterior-

(1) Ambas escuelas concuerdan en afirmar que la autarquía es la virtud suficiente para alcanzar la *eudemonía*, Dióg. Laerc., VI, 11; VII, 65. Acerca de la autarquía en los cínicos, véase Kaerst, ob. cit., págs. 29 y sigs. Trata la autarquía en los estoicos muy acertadamente Hildenbrand, ob. cit., págs. 507 y sigs.

(2) La famosa alternativa en que Aristóteles pone á aquellos que no viven en un Estado ó que no forman parte de una comunidad á causa de su imposibilidad, de su autarquía, á saber, que ha de ser ó un dios ó un animal, lleva en sí una ironía dirigida á los cínicos?

(3) Aun cuando para los estoicos el Estado no es una condición de la *eudemonía*, esto no obstante, atribuyen también la

res le impidan alcanzar el fin último ó que una ordenación exterior pretenda de él algo indigno, pues en tal caso, puede sustraerse á esta exigencia eliminándose voluntariamente de la vida. El sabio de la *Stoa*, autosuficiente, representa el polo opuesto del individuo soberano tal como dibuja á éste la disciplina moderna.

El hecho de que la Edad Media haya aceptado, sin previo examen y bajo el influjo de la enorme autoridad de Aristóteles, la doctrina del Estado como la perfecta *communitas* (1), tiene su razón de ser en todo el espíritu de esta época. El encanto de las antiguas concepciones ha dominado frecuentemente á los espíritus modernos, incluso cuando ellos procedían como creadores. Así se muestra en Hugo Grocio, quien con no poca frecuencia toma para su prueba una cita de un clásico y la ofrece como argumento decisivo. Medio siglo después, al definir Bodino el Estado, vuelve á renacer la autarquía como nota esencial. El *coetus perfectus liberorum hominum* (2) no es otra cosa que la *κοινωνία αὐτάρχεις* de Aristóteles. La unión íntima de la autarquía con la nueva doctrina de la soberanía, á la cual le hizo experimentar Grocio un avance, inútilmente se tratara de descubrir en este autor, y justamente el fundador de la teoría científica del derecho internacional tuvo ocasiones para plantearse la cuestión de si era concertable el concepto clásico del Estado con el reconocimiento de un derecho internacional y de lo que es una condición de éste: la comunidad de los Estados. Si el Estado autárquico es la forma suprema de los fenómenos de la vida política, entonces, es posible para el Estado formado de

nota de autarquía en otro lugar á su Estado ideal mundial, de suerte que junto á la autosuficiencia del sabio colocan la del *cosmos*. Véase Kaerst, ob. cit., pág. 76.

(1) Véase Gierke, *Althusius*, pág. 229.

(2) *De jure belli et pacis*, I, 1, § 14.

esta suerte mantenerse extraño á los demás; pero no es posible concebir entre él y las otras comunidades estatistas unas relaciones de cambio, permanentes y amistosas, encaminadas al desenvolvimiento de la cultura. Todo cambio descansa por necesidad psicológica en las necesidades económicas y espirituales, mediante las cuales se completan los hombres unos á otros, necesidades que, según consideraba la antigua doctrina, hallaban su satisfacción absoluta dentro del propio Estado.

No debemos admirarnos de que siga jugando aún en la actualidad un gran papel en la literatura del Derecho Político, la concepción según la que el Estado debe bastarse á sí mismo (1). Estos conceptos son como monedas espirituales que van pasando de mano en mano y se desgastan y llega á olvidarse finalmente el preguntar si durante este período de circulación no han sido puestas por la ley fuera de curso.

Tampoco en otras afirmaciones doctrinales griegas, en que se trata de la naturaleza del Estado, puede encontrarse nada que se asemeje al moderno concepto de la soberanía. Lo que Aristóteles dice del *κύριον*, de la fuerza suprema del Estado, no tiene relación alguna con la teoría de que el poder del Estado haya de poseer necesariamente la cualidad de soberano (2). El hecho de que en el Estado alguien tiene que poseer el poder supremo de decisión y, por consiguiente, ha de dominar, fué ya conocido antes de hacerse una investigación científica sobre el

(1) La autosuficiencia, como propiedad del Estado, es hoy reconocida por Haenel, *Studien*, I, pág. 149. *Staatsrecht*, I, página 113. Sin duda cada autor da á la antigua palabra una distinta significación.

(2) Véase Rehm, *Geschichte*, págs. 95 y sigs., y, principalmente, pág. 102, donde se demuestra que bajo el concepto *κύριον* no ha de entenderse el más alto poder jurídico, sino el más alto poder social.

problema del Estado. Sin embargo, como habrá de verse en estas páginas, no son términos equivalentes dominación y soberanía. Igualmente sería inútil tratar de descubrir la idea moderna de la soberanía en las palabras de Tucídides sobre los Delfos, que Grocio ha aplicado al poder del Estado *αὐτονομίους, αὐτοελεῖς, αὐτοἰκούς* (1). Más bien quiere decir esto, que tal comunidad tiene una ley propia, fuentes propias de ingresos y propias autoridades, lo que, en realidad, siempre y en todas las épocas ha sucedido, incluso con las asociaciones no soberanas.

Los romanos, del propio modo que los griegos, fueron extraños á la concepción del Estado soberano. El pensamiento romano, firmemente práctico, tenía siempre ante sí la realidad dada. Sin que hubiese para él el menor motivo para poner en comparación el Estado romano con cualquier otro poder próximo ó superior á él, careció del medio con que conseguir alcanzar la nota que lo caracterizase. Por el contrario, el reconocimiento y la afirmación de la soberanía, sería contradecir la política romana, la cual gustosamente otorgaba al pueblo, *qui maiestatem populi Romani comiter servant*, la apariencia de un Estado independiente. Las expresiones de *maiestas, potestas* é *imperium*, expresan la potencia y fuerza del pueblo romano, el poder civil y militar de mando, pero no indican nada del contenido y limitación del Estado ni de la independencia de Roma respecto á los poderes extranjeros. La definición del Estado de Cicerón (2), única que nos ha sido transmitida de los romanos, es, por su claridad y por lo concreta, la que sigue en importancia á la de Aristóteles.

(1) Véase 18.

(2) «Res publica res populi. Populus autem non omnium coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.» *De Rep.*, I, 25, 39.

En Roma, hasta época muy avanzada, fué muy viva la idea de que el pueblo es la fuente de todos los poderes públicos; pero la cuestión relativa á saber quién tiene en el Estado el más alto poder, es muy distinta de la cuestión relativa á la soberanía del Estado. Acerca de la amplitud de poder que corresponde al *populus*, no encontramos explicación de ninguna clase. Los juristas se limitan á hacer constar la forma en que él ejercita sus atribuciones. En ninguna parte tal vez pueda estudiarse con más precisión que en Roma, cómo son dos cosas distintas el ser y el conocer; pues Roma, no obstante su gran poder y su enorme sentimiento de la fuerza, no ha llegado á hacer una formulación teórica del concepto del Estado.

2. (El que la antigüedad no haya llegado á un conocimiento del concepto de la soberanía, tiene un fundamento histórico de importancia, á saber: que faltaba al mundo antiguo lo que únicamente podía traer á la conciencia el concepto de la soberanía: *la oposición del poder del Estado á otros poderes.*)

El Estado moderno se diferencia radicalmente del antiguo en que se ha encontrado combatido desde sus comienzos por diferentes lados, y de esta suerte ha necesitado afirmar su existencia mediante fuertes luchas. Tres poderes han combatido su substantividad en el curso de la Edad Media: primero la Iglesia, que quiso poner al Estado á su servicio; inmediatamente después el imperio romano, que no quiso conceder á los Estados particulares más valor que el de provincias; finalmente, los grandes señores y corporaciones, que se sentían poderes independientes del Estado y en frente de él.

En lucha con estos tres poderes ha nacido la idea de la soberanía, que es, por consiguiente, imposible de conocer sin tener igualmente conocimiento de estas luchas. La soberanía es un concepto polémico (permítaseme la expresión); al comienzo con valor defensivo, posteriormente de naturaleza ofensiva. En la lucha entre el Estado y la Iglesia, en el curso de la Edad Me-

dia, aparecen tres puntos de vista: el Estado se encuentra sometido á la Iglesia; el Estado es igual en poder á la Iglesia; el Estado está sobre la Iglesia. Las dos primeras teorías, en sus dos matices, están representadas por la teoría de las dos espadas, hasta que á comienzos del siglo xiv aparece la tercera. En la última época, Francia transforma en un hecho histórico la idea de la superioridad del Estado. El Papado de Avignon representa por vez primera, desde el tiempo de los Otones, la superioridad del Estado sobre la Iglesia. (El origen de la conciencia de la soberanía del poder terrenal hay que buscarlo, no en la lucha del Emperador con el Papa, sino en las relaciones de la monarquía francesa con el jefe de la Iglesia.) La literatura política, aprisionada en los lazos de la escolástica, no tenía ante los ojos otra cosa, hasta que el rey de Francia á fines del siglo xiii arremete contra Roma, que la oposición entre el sacerdocio y el imperio, la lucha entre el poder espiritual y el temporal, pero no la del papado con un Estado individual, determinado, pues la idea de imperio negaba de antiguo la de la jurisprudencia. Esta que entonces comenzaba, no toma como fundamento de sus aclaraciones la teoría existente en el mundo político, sino la teoría oficial de la Iglesia, y aun cuando más tarde atiende más á las relaciones reales, esto, no obstante, jamás llega á elaborar una doctrina substantiva del Estado á causa del respeto—al que nunca es completamente extraña—á la doctrina política eclesiástica, así como á causa de la orientación común á la ciencia de la Edad Media, que sólo en muy escasa medida da cabida al sentido de la realidad. Á toda la doctrina del Estado de aquella edad, le falta el conocimiento claro de que el poder es un elemento esencial del Estado (1), por lo cual no hay en ella un

(1) La prueba de esto puede hallarse en Rehm, *Geschichte*, págs. 108 y sigs.

camino que pueda conducir al conocimiento de la naturaleza jurídica de éste.<sup>1</sup>

Aun cuando se hable en las obras de origen alemán, por el influjo de las circunstancias, de la característica del reino alemán, esto no obstante, es en Francia donde por vez primera y bajo el influjo de los legistas y del clero, relativamente independiente, se llegó á oponer de una manera directa Estado á Iglesia, y á afirmar la independencia plena del primero respecto de la segunda. Durante la lucha, y después de la lucha de Felipe el Hermoso con Bonifacio VIII, nace en Francia, ó influida por el genio francés, una literatura que afirma enérgicamente la substantividad plena del Estado frente á la Iglesia (1). En la atmósfera espiritual de París germinan igualmente las ideas de Marsilio de Padua, el cual, con una audacia extraña, es el primero en afirmar la superioridad del Estado sobre la Iglesia, permaneciendo solo, no obstante el carácter polémico de la época.

La segunda fuerza que en la Edad Media lucha contra la idea de la independencia del Estado, es el imperio. La teoría oficial que domina á la doctrina del Estado hasta la época de la reforma, considera subordinados de derecho al imperio romano á todos los Estados cristianos. En sentido estricto, sólo el emperador tiene el carácter de dominador, sólo él puede dar leyes, sólo á él corresponde la *plenitudo potestatis*, la integridad del poder monárquico. Con aquella extraordinaria ignorancia de la vida real que entonces existía, mantiénese firme la idea de la superioridad del imperio sobre los demás poderes terrenos, precisamente en una época en que esta afirmación era ya una sombra

(1) Riezler, *Die literarischen Widersacher der Päpste zur Zeit Ludwigs des Baiers*, 1874, págs. 135 y sigs.

vacía. Quien afirme, dice Bartolus (1), que el emperador no es señor y monarca de todo el orbe, es un hereje. Y más tarde el papa Pío II, que había recibido ya una educación clásica, escribe á Federico III que todos los pueblos están sometidos á él de derecho (2).

Mas esta doctrina oficial se ve contradicha, singularmente desde la caída de los Hohenstaufen, con lo cual se muestra claramente la verdad de todas las relaciones existentes. Francia é Inglaterra, ó no hacían caso de la superioridad del imperio, ó la negaban de un modo directo (3). Venecia se consideraba á sí misma extraña al imperio; y las demás ciudades-repúblicas de Italia, singularmente Florencia y Pisa, son estimadas como *civitates superiores non recognoscentes*. La teoría vióse precisada á tomar en consideración estas exigencias, pero lo hace de tal suerte que este derecho de los *principes* y *civitates* á la indepen-

(1) L. 24 D. de capt. et poslim. 49, 15, núm. 7: «Imperatorem qui dixerit non esse dominum et monarchum totius orbis esset forte hereticus.»

(2) Aeneas Sylvius, *De ortu et autoritate Imperii Romani*, proem., n. c. XXIII (edición Argentorati, 1544, impresa como apéndice á un extracto de Cornelio Nepote).

(3) Francia, singularmente, afirmó con toda entereza su independencia respecto del imperio. Véase Glasson, *Histoire du droit et des institutions*, v. 1893, págs. 326 y sigs., Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, 1898, II, págs. 40 y sigs. Véase también A. Leroux, *La royauté française et le Saint Empire romain*, *Revue historique*, pág. 49, 1892, página 241 y sigs., el cual intenta mostrar que los primeros Capetos han reconocido el imperio, págs. 260 y sigs., y compara la situación jurídica de aquéllos respecto al imperio, antes del interregno, con la de un obispo exento. En la pág. 268, afirma el primado que Francia reconoció al emperador como un hecho sin importancia política. Respecto á Inglaterra, véase las noticias dadas por Hatschek, *Engl. Staatsr.*, I, pág. 75.

dencia lo apoya en un título jurídico que el emperador reconoce, y que está fundado en el orden jurídico mismo del imperio. De acuerdo, pues, con la concepción de Derecho Privado reinante en la Edad Media, considérase esta independencia como un privilegio que concede el emperador en virtud de la prescripción y posesión inmemorial (1). Pero jamás se consideró esta independencia como derivada de la naturaleza misma del Estado, porque de hacerlo así, la doctrina del Estado de la Edad Media habría destruído el fundamento mismo sobre el cual ella se había apoyado. Por esto, los reyes que se habían liberado mediante algún título, de la superioridad del emperador, permanecen, no obstante, dentro del imperio. Bartolus, por ejemplo, dice con gran claridad: «Rex Franciae et Angliae licet negent se subditos Regi Romanorum, non tamen desinunt esse cives Romanus» (2). A estos príncipes corresponden todas las atribuciones imperiales en su país. Esto es lo que quiere decir Baldus al afirmar que el rey en su tierra es emperador (3). Pero

(1) Véase, por ejemplo, Ubertus de Lampugnano («Utrum omnes christiani subsunt Romano Imperio»). *Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft*, II, pág. 253... «dicamus quod aliqui sit exempti ab Imperio romano privilegio praescriptione vel quocumque modo alio». Como ejemplos, suelen citarse: rex Franciae, Veneti, ecclesia Romana. Posteriormente, Eneas Sylvius, cap. XI: «Cuncti profecto, qui sub jugo negant imperii, aut id privilegio se asserunt assecutos, aut virtute aliqua». Acerca de estas virtutes, véase también cap. XIII. Una detallada enumeración de todos los títulos jurídicos correspondientes á títulos y ciudades, puede encontrarse en Restaurus Castaldus († 1564). *Tractatus de Imperio*, LII-LIV (en *Tractatus illustrium Ictorum de dignitate et potestate seculari*, t. XVI, Venetiis, 1584).

(2) L. c. núm. 6.

(3) Ad. L. 7. C. de *prob.* 4, 19. Esta expresión se renueva constantemente en la literatura francesa. Así, por ejemplo,

jamás se iguala al emperador; por esto afirmaba en el siglo XVI Restaurus Castaldus: *Rex Franciae licet etiam de jure non subestet imperatori, non tamen ipse est alter imperator*. Las ciudades independientes constituídas en república, podían ciertamente ejercitar todas las facultades imperiales; pero siempre le queda al emperador el *nudum jus*, que es suficientemente fuerte por sí para servir de fundamento teórico más tarde á una exaltación del poder del emperador respecto de todos los demás poderes.

Pero el emperador había conservado un derecho que para aquella época era de enorme estima, á saber: sólo él podía conceder el título de rey, y, por consiguiente, los privilegios, que según la doctrina jurídica dominante iban anejos á este título (1). Carlos el Temerario, de Borgoña, se esforzó en vano por alcanzar de Federico III el título de rey (2). Por esto el emperador se eleva de un modo indiscutible sobre los reyes á quienes concede el título de majestad, sin que él á su vez lo reciba de ellos.

En Francia, la repulsa contra la idea del imperio, ya mezclada á la concepción de la independencia del Estado respecto de la Iglesia. En este punto, el rey se limitaba á continuar las tendencias que en las más antiguas colecciones del Derecho francés se habían mostrado como honda convicción jurídica de su pueblo. «Li roy ne tient de nului fors de Dieu et de lui» (3).

*Somme rurale* II, 1, pág. 646 (ed. Le Caron, 1603). «Le Roy de France qui est Empereur en son royaume peut faire... tout et autant que á droict Imperial appartient.»

(1) Véase Pfeffinger, *Vitriarius illustratus*, I, págs. 424 y sigs.

(2) Estaba todo ya dispuesto para la solemne coronación, cuando el emperador secretamente se retiró. Véase Pfeffinger, I, pág. 706, y también Bryce, *The Holy Roman Empire*, 11.<sup>a</sup> ed., 1892, págs. 250 y sigs.

(3) *Etablissements de Saint-Louis*, ed. Viollet, t. I, pág. 283; II, 135, III, pág. 47, etc.

El rey no reconoce ningún señor superior á sí. No recibe su reino de nadie á título de feudo. El principio, pues, de que el rey es independiente, fué formulado por vez primera en la literatura francesa (1); pero no queda sin contradicción, sino que se revuelven contra él enérgicamente cuantos ven en ello una ocasión para luchar contra esta desviación de la teoría oficial de la Edad Media. Precisamente Bonifacio VIII dirige, en 1303, estas palabras condenatorias contra Felipe el Hermoso, al defender la independencia de su corona frente al Papa: *nec insurgat hic superbia gallicana, quae dicit quod non recognoscit superiorem: mentiuntur quia de jure sunt et esse debent sub Rege Romano et Imperatore* (2).

Las teorías políticas sólo podían dar una expresión imperfecta de la idea de la independencia del Estado, idea que iba ganando terreno. En tanto permanecen ellas bajo el influjo de la concepción aristotélica, eran completamente incapaces para limitar la asociación del Estado con relación á las demás asociaciones. La *polis*, en la doctrina del Estado de la Edad Media, se transforma en comunidad de una ciudad, sobre la cual se levantan en calidad de asociaciones superiores al Estado, y análogos á él, el *regnum* y el *imperium* (3). La situación de las ciudades italianas daban ocasión para establecer una categoría de *civitates*

(1) «Li rois n'a point de souverain es choses temporeies», *Etabl. de Saint-Louis*, II, pág. 270.

(2) Pfeffinger, I, pág. 377. De un modo análogo en la Bula de 30 de Abril de 1303, citada por Leroux, ob. cit., pág. 253, nota 3. En esta misma época dice Pierre Dubois, *De recuperatione terra sanctae*, ed. Langlois 1891, pág. 51, de aquel que asegura la existencia de un dominador del mundo, que «non est homo sanæ mentis».

(3) Véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, págs. 638 y sigs. *Althusius*, págs. 229 y sigs.

*superiorem non recognoscentes*, esto es, ciudades libres que no tenían señor alguno. Usan este concepto los publicistas italianos que se ocupan de la doctrina de la corporación, para designar las ciudades constituidas en Estados independientes, á pesar de la superioridad del Estado romano, y los juristas franceses utilizanla también para designar los reinos que no reconocen subordinación al imperio. Por último, en el siglo xv sólo se aplica el concepto de *res publica* en su pleno sentido á aquellas comunidades que no reconocen ningún superior (1). Por consiguiente, hallamos aquí la primera afirmación para una nueva determinación del concepto del Estado. Este carácter de independencia fué completamente extraño á la antigua doctrina acerca del mismo. Mas con este principio nos hallamos aún bastante lejos de haber logrado un nuevo y claro concepto de aquél. Aún no desaparece con él la exigencia teórica del *imperium* á obté-

(1) Acerca de las *civitates superiorem non recognoscentes*, véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, págs. 381 y sigs., 639 y sigs. Además, Rehm, *Geschichte*, págs. 193 y sigs., á cuyas observaciones se debe el que se haya puesto en claro el proceso de evolución de este concepto, que había sido descubierto por Gierke. Debe añadirse á esto que la expresión *superiorem non recognoscere*, no se refiere exclusivamente á las *universitates*. Fué ya usado anteriormente por el rey de Francia. Así se dice, por ejemplo, en el cap. XIII, x, 4, 17 (Inocencio III): *Cum rex superiorem in temporalibus minime recognoscat*. Además el *recognoscere*, atendiendo á su origen, deja en suspenso la cuestión jurídica. No se trata de *civitas quae superiorem non habet*, sino de aquellas que rechazan toda subordinación, lo que, por lo demás, habían ya hecho notar los glosadores. (Véase Finke, *Aus den Tagen Bonifaz*, VIII, 1902, pág. 156.) Explícate, por consiguiente, con esto la frase citada de Bartolus, según la cual, á pesar de la negativa de los reyes de Francia é Inglaterra de someterse al *imperium*, no dejaron de ser, sin embargo, ciudadanos romanos.

ner la supremacía. Todavía no se reconocía la esencia del poder del Estado. Finalmente, la separación entre comunidades que tenían superior y las que carecían de él, no llega á ser tan profunda que queden opuestas las primeras á las últimas como comunidades Estados á comunidades que tienen este carácter (1).

(Para llegar á comprender la naturaleza del poder del Estado y á relacionar el conocimiento de la independencia exterior del mismo con la naturaleza y situación de su poder, necesitábase en aquella época toda una serie de experiencias enteramente distinta.)

No sólo se oponían la Iglesia y el Imperio á la concepción substantiva del Estado, sino que el feudalismo luchaba también contra él. El señor feudal, y más tarde las ciudades libres, crean una situación que en algunos países (piénsese en la época del *interregnum*) llega á la negación total del Estado. Mientras los señores feudales y las ciudades libres se veían dotadas de poderes análogos á los del Estado, poderes de los cuales se servían como si se tratase de una posesión privada, aparecen en el Estado, y colócanse frente á él, personalidades con derechos propios de carácter público, derecho que no queda sometido á las órdenes del Estado. Lejos de considerarse como órganos de un todo superior, no ven estas personas en el Estado sino al señor feudal, por lo común molesto, cuyas disposiciones caen bajo la inspección celosa de los vasallos. La

(1) La vacilación de la terminología se demuestra en los pasajes ya citados de Gierke, III, pág. 358, núm. 14; pág. 639, números 336 y 337; pág. 640, núm. 339. Paul de Castro no usa exclusivamente, como opina Gierke, pág. 640, el concepto Estado para indicar las *Universitates superiores non recognoscentes*, sino que considera á éstas tan sólo como la más alta expresión de su concepto Estado.

segunda consecuencia de esta situación era la de que el jefe del Estado se veía impedido de tener una directa relación con la masa del pueblo. Mediante la generalización del sistema feudal, cuantos no recibían del rey de un modo inmediato el feudo, estaban obligados á prestar fidelidad, no á éste, sino á los barones, y el pueblo necesitaba acudir en solicitud de justicia, en primer lugar, á los tribunales del señor.

Así se forma una situación jurídica, singularmente en Francia, en la época de los primeros Capetos, donde la mediatización del rey por los barones, estaba extendida de tal manera que apenas si puede hablarse de la unidad del reino, y por esta razón se ponían ante sí el reino francés como un problema histórico, el de crear el Estado francés, lo cual sólo podía llevarse á cabo alcanzando el rey una dominación inmediata sobre la masa del pueblo; pero esto requería, ante todo, independencia respecto de los poderes señoriales. Lo que en Inglaterra alcanzó el rey Guillermo el normando con una sola batalla, por el aniquilamiento de la dominación anglosajona, la subordinación de todo el pueblo al poder del rey, tuvo necesidad en Francia de una labor de siglos. Y en tanto que en Inglaterra los poderes creados ó reconocidos por la corona fueron subordinados fácilmente á ella y llegaron á formar parte del Estado, en Francia la evolución sigue otro camino. Consigue la destrucción plena de los poderes que se oponían al del rey, de suerte que la independencia del poder del Estado llega á ser equivalente al aniquilamiento total de todos los elementos políticos independientes y opuestos al rey.

La dirección que la monarquía francesa siguió fué la siguiente: en primer lugar, propúsose extender hasta donde le fuera posible el dominio real, el cual hubo de declarar más tarde inalienable. Esto le fué tanto más fácil, cuanto que el rey francés no estaba obligado como el alemán á conceder de nuevo, en el intervalo de año y día, los feudos que hubiesen vuelto á poder.

del rey. Así, pues, el principio *nulle terre sans seigneur*, no impide al rey el ser al propio tiempo señor, y unir de esta suerte en sus manos el poder señorial y el real (1). La historia de Alemania sigue un proceso completamente distinto en esto á la de Francia. En tanto que en el reino electivo alemán sólo podía ser adquirido el poder de casa reinante á costa del reino, en la monarquía hereditaria francesa fué debida la extensión del dominio real á un fortalecimiento del poder del rey y, por consiguiente, del Estado. Este proceso comenzó en Francia á principios del siglo XII con Luis VI (2); proceso que mediante Felipe Augusto alcanza una significación permanente en la Historia. En el año 1202 había treinta y ocho distritos judiciales reales (*prévôtés*), y al final del gobierno de aquel rey (1223) existían noventa y cuatro (3). Con el aumento del dominio real aumenta también la fuerza del rey frente á los barones. El rey adquiere el poder supremo de justicia (4), y asume igualmente en sí el poder legislativo y el de policía. Al final del siglo XIII aparece por vez primera el principio de que el rey era *souvrain* de todo el reino sobre los barones, á quienes igualmente se les llamaba soberanos (5). Como signos de esta soberanía se-

(1) Véase sobre este proceso histórico la ob. cit. de P. Viollet, II, págs. 145 y sigs. Para las relaciones bajo los primeros Capetos es de grande importancia la distinción entre *pays d'obéissance-le-roi* y *pays de non obéissance-le-roi*. Véase sobre esto el libro de Luchaire, *Histoire des Institutions monarchiques de la France, sous les premiers Capétiens*, II, 1883, págs. 29 y sigs.

(2) Luchaire, ob. cit., II, págs. 241 y sigs.

(3) Glasson, vol. V, pág. 495.

(4) Este poder nunca le faltó de derecho pero sí de hecho. Véase Luchaire, I, págs. 279 y sigs.

(5) En las palabras famosas de Beaumanoirs: *Chascuns barons est souverain en sa baronnie. Voirs est que li rois est souverain par desor tous. Contumes de Beauvoisis*, edic. Beugnot, II, pág. 22. La

ñala Beaumanoirs el derecho del rey á juzgar como órgano supremo de justicia y *le général garde de son royaume*, y de donde deduce el jurista, anticipándose á su tiempo, el derecho libre del rey á legislar *por le porfit du royaume*. Los legistas exaltan más tarde la doctrina absolutista del Bajo Imperio acerca de él, y deducen de ella el poder ilimitado del rey de Francia, mediante la cual llegan á la negación de que haya un poder substantivo frente al del rey. Estos legistas son los que forman á la vanguardia en la lucha por la unidad del Estado, y atacan de un modo decisivo al Estado feudal por su falta de punto de unión, el cual, más que un Estado, es un conglomerado de una diversidad de señoríos. De este modo se transforma el concepto de la soberanía del rey, que en un comienzo era un concepto relativo, comparativo, en un concepto absoluto. De *superior* que era adviene *supremus* (1).

Teoría y práctica, pues, obran conjuntamente para hacer al rey, y por tanto al Estado, independiente del derecho de do-

palabra *souverain* procede de *superanus*, igual á superior; véase Rehm, *Geschichte*, pág. 193, nota 2. *Souveraineté* se relaciona con la palabra *superaneitas*, sobre la cual no tenemos noticias. Acerca de la prehistoria de ambos términos y de la naturaleza de la doble soberanía feudal (*souveraineté seigneuriale* y *souveraineté royale*), véase Esmein, *Cours élémenter d'Histoire du Droit française*, 3.<sup>a</sup> edic., 1898, págs. 139 y sigs., 178 y sigs. Rehm, *Allg. Staatslehre*, págs. 40 y sigs. La interpretación que Rehm hace en *Geschichte*, lug. cit., del pasaje de Beaumanoirs, interpretación opuesta á la mía, á saber: que la *souveraineté seigneuriale* tiene originariamente un carácter administrativo y no feudal, ha sido abandonada por el mismo autor, *Staatslehre*, pág. 41.

(1) Los primeros vestigios de esta transformación del concepto pueden encontrarse ya en las Ordenanzas de Felipe el Hermoso. Véase Boutaric, *La France sous Philippe le Bel*, 1861, pág. 17.

minación de los señores. Bajo el mismo rey que preparó al Papado la caída profunda de la época de Avignon, encuéntrase ya en principio afirmada la victoria del poder del rey en lo interior; por tanto, se había conseguido el resultado más importante, y Francia habría quedado así salvaguardada de un modo permanente del desmenzamiento de que Alemania era presa por aquella época de un modo irremisible. Después de una leve debilitación del poder del Estado durante la guerra de los cien años con Inglaterra, recoge de nuevo Luis XI la tradición de los Capetos, y cuando un siglo más tarde se vió Francia perturbada por las tormentas desencadenadas por la Reforma, el poder absoluto del Estado y la dominación de éste se encontraban decididamente afirmados. Esta victoria fué sin duda posible, porque la nobleza feudal francesa se había considerado como un Estado en el Estado, y nunca quiso abandonar la idea de la división del poder en real y señorial. Por esto, en la época de los *estados del Reino* en Francia, nunca se llega á pensar que el rey y los estados del reino encuentran su unidad en el Estado, cosa que sucedió en Inglaterra. Los *états généraux* aparecen siempre como los competidores — rechazados siempre — que tratan de conquistar el poder supremo, singularmente bajo Carlos V, cuya posesión habrían utilizado ellos de nuevo para desgarrar la unidad del Estado con tanto esfuerzo alcanzada.

En estas luchas no es toda la *res publica ó civitas* la victoriosa, sino el poder del rey; lo primero carecería de sentido dadas las concepciones dominantes en aquel Derecho Público embrionario. Este poder público del rey es el que vence el dualismo de la comunidad de la Edad Media, y el que hace una unidad de la colectividad del pueblo. La teoría sigue, según su peculiaridad, á este proceso. La doctrina italiana acerca de la corporación había principiado á comprender el carácter corporativo del Estado. La concentración de poder de éste en manos

del príncipe, hizo nacer la idea de que tal poder era un elemento constitutivo del Estado. La doctrina de la *plenitudo potestatis*, que se deriva naturalmente de la concepción oficial acerca del sacerdocio y del imperio, venía conduciendo ya — juntamente con la exaltación del poder del príncipe debida á la doctrina de los legistas — á la justificación de las tendencias absolutistas. En el siglo xv penetra en el mundo cristiano, con los comienzos del Humanismo, la antigua concepción del Estado, y, por consiguiente, la idea del Estado como unidad. *Amat enim unitatem suprema potestas*. Con estas palabras expresa Aeneas Sylvius (1) la unidad física del poder del Estado, en la que este autor, con más claridad que sus predecesores, corporaliza la unidad del Estado. Éste adviene, por consiguiente, una comunidad con un poder unitivo que domina en lo interior sin oposición, y que es independiente en lo exterior (2).

Pero esta unidad y su poder se ven sometidos al influjo de la construcción del mundo y de la historia que hace la Edad Media, y se les aplica tan sólo al imperio, viéndose limitados por la *summa potestas* espiritual del Papa. El propio Aeneas Sylvius, que mantuvo una doctrina tan moderna acerca del imperio, la de atribuir al emperador el derecho á ejercitar la *summa potestas*, reconoce, no obstante, sólo como Estado al imperio en el pleno sentido, y niega la substantividad de reyes y príncipes frente al imperio. No reconoce, pues la soberanía en toda su amplitud, ya que no la atribuye al poder del Estado, sino exclusivamente á uno, al poder del imperio, que ni tiene igual ni lo soportaría. No se concede, por consiguiente, al Estado con-

(1) Cap. XX.

(2) Véase el análisis profundo y el juicio acerca de la doctrina de Aeneas Sylvius en la ob. cit. de Rehm, *Geschichte*, páginas 196 y sigs.

creto el más alto poder, sino á un Estado enteramente imaginario, que contrasta agudamente con la realidad ¡bajo Federico III!

La gran transformación que experimentaron los Estados en lo interior, no se puede comprender si se la examina en vista de las concepciones de Derecho Público dominantes en aquella época. El sistema feudal que ha sellado con su espíritu la evolución del Estado durante siglos, fué enteramente abandonado, salvo que en alguna ocasión se hiciese una alusión superficial á él por las doctrinas oficiales sobre el Estado, doctrinas que se apoyaban en autoridades que, ó no eran comprendidas, ó eran comprendidas á medias. En vista de la literatura política de los siglos XII á XV, podía creerse firmemente que el imperio romano de occidente se había mantenido exactamente en su antigua forma. Esta ignorancia de la realidad ha tenido también grande importancia política. Aquellos poderes feudales que las teorías dominantes ó no aprecian ó no comprenden rectamente, llegan á ser objeto de desestima y son juzgadas como desprovistas de toda importancia teórica, ó bien se las introduce en la concepción ideal del Estado como subordinadas á éste, y, por tanto, á los poderes dominantes. De esta manera ofrece también la doctrina ideal del *imperium*, cada vez más extraña al mundo, y á la que sólo se opone el pueblo concebido como unidad, un apoyo á la lucha del rey con los *estados*, apoyo que no es de desestimar.

No es sobre la base de la doctrina general, sino sobre el firme fundamento del Derecho Político francés, sobre el que se forma de un modo claro y definido una nueva doctrina del Estado y de su poder, frente á la confusión propia de la concepción medioeval. El Humanismo supera la teoría de la Edad Media de la unidad de la Iglesia y el Imperio. El rey de Francia no aparece ya sometido á nadie en virtud de un privilegio, ó á causa de ciertas relaciones de hecho, sino por un derecho propio

y originario. Más tarde la Reforma aniquila totalmente la antigua doctrina de la superioridad del *imperium*. El siglo XVI ve aparecer una teoría en lo que se refiere al rey de Francia, teoría que apoyan los legistas, que le lleva á ocupar el primer lugar entre los monarcas cristianos. Singularmente bajo Francisco I, la escuela de Toulouse, dominada por las ideas romanistas, emprende la tarea de representar á su rey como el más alto sobre la tierra (1). Sobre la base de los trabajos de Ferrault, Guy Pape, Boyer, Montaigne y otros sobre el Derecho francés, publica Grassaille en 1588 un libro importante sobre las regalías francesas, en el que enumera veinte derechos generales del rey, á los cuales hay que añadir aún otros veinte especiales respecto de la Iglesia (2). Á consecuencia de estos derechos, es el rey de Francia el primer rey del mundo que ni jurídicamente ni de hecho reconoce superior alguno en las cosas humanas, ni aun en el Papa. Él es *imperator et monarcha in suo regno*, juez supremo que puede destruir todas las jurisdicciones inferiores, el único que puede ejercitar una serie de derechos particulares enumerados, en una palabra, *rex Franciæ est in regno tamquam quidem corporalis Deus*; él tiene sobre la Iglesia derechos como ningún otro monarca. Así, por ejemplo, confiere dignidades y beneficios, establece impuestos al clero para fines de la defensa del reino sin necesidad del consentimiento del Papa y juzga sobre una serie de casos reservados á los tribunales eclesiásticos.

Junto á esta concepción extrema de los derechos del rey, encuéntrase otras que, apoyándose en el Derecho positivo francés, afirman la limitación mayor ó menor de su poder, entre los cuales se cuentan algunos de los partidarios de la monar-

(1) G. Weill, *Les théories sur le pouvoir royal*, pág. 15.

(2) Véase la exposición en la obra de Weill, pág. 16 y sigs.

quía formada por los estados ó clases. Aun en la época de la lucha entre los Hugonotes y la Liga, no se vió atacada la institución real y la unidad del Estado no estuvo amenazada de desgarramiento en interés de los *estados*, los cuales quedaron relegados. La lucha agria no se entabla en torno á las ideas de monarquía ó república, sino en torno á las de monarquía absoluta ó limitada. Esta lucha enseñó á todos cuán necesaria era la autoridad independiente, suprema á todos é irresistible del Estado (1).

En medio de las guerras civiles que dividen á Francia durante el reinado de Enrique III, y en tanto que el rey muestra una debilidad despreciable, nace la nueva doctrina del Estado. En Bodino se muestra toda la evolución anterior, esto es, toda la concepción del carácter del Estado francés; pero él abstrae el resultado de la historia política de Francia, y da á este resultado un carácter absoluto. El concepto de la soberanía, alcanzado después de largas luchas, es considerado por él como una nota esencial en su definición del Estado. *L'Etat est un droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce que leur es commun avec puissance souveraine* (2). Esta definición del Estado de Bodino contiene algo esencialmente nuevo que no existía en la literatura anterior: que todo dominio sobre una pluralidad de familias, dotado de poder soberano, esto es, revestido de un poder supremo é independiente en lo exterior y en lo interior, represente un Estado, esto ni nada análogo se había dicho antes de Bodino. Y tiene mucha razón él cuando se atribuye á sí mismo

(1) Véase Weill, ob. cit., págs. 289 y sigs.

(2) *Six livres de la République*, 1576, I, 1. En la edición latina, con estas palabras más conocidas: «*Recta plurium familiarum et rerum inter ipsas communium cum summa perpetuaque potestate gubernatio.*»

el servicio de haber sido quien por vez primera ha expresado este concepto de soberanía (1). Antes de él se reconoció uno de los aspectos de la soberanía: el de la independencia exterior y la *suprema potestas* de algunos príncipes, del emperador y del rey de Francia; pero la resolución de todos los elementos del concepto de la soberanía en una unidad, no tiene lugar antes de Bodino; á él se debe el que el comparativo *souverain* haya sido elevado definitivamente á superlativo y la *superiorita* á *suprema potestas*.

Pero este concepto, en la forma en que lo formuló Bodino, es de naturaleza esencialmente negativa; el «poder absoluto libre de toda ley sobre ciudadanos y súbditos» significa, ante todo, la negación de lo que quisiera afirmarse como poder independiente, sobre, junto ó dentro del Estado: el poder de dominación del Papa, del rey y de los *estados* (2). El Estado tiene un poder soberano, lo cual quiere decir simplemente que es independiente de todo otro poder, pero no afirma lo que sea el Estado esencialmente, sino más bien lo que no es.

Se ve ya de una manera harto clara por qué no pudo hallar la antigüedad el concepto de la soberanía, ¿dónde encontrar el poder que pudiera competir con el Estado antiguo? é igualmente resulta claro por qué la última época de la Edad Media ha

(1) «Principio definienda fuit maiestas quam nec philosophorum, nec iurisconsultorum quisquam definit.» I, 8 (ed. tertia, Frankfurt, 1644, pág. 123).

(2) El concepto de la soberanía no alcanza tampoco su expresión suprema en Bodino, para quien el soberano está obligado por las leyes divinas y por las leyes naturales (I, 8, página 130). Véase también Landmann, ob. cit., págs. 50 y sigs.; Rehm, *Geschichte*, pág. 129. La absoluta ilimitación jurídica que inside en el concepto del *summum imperium*, ha pretendido ser fundamentada por vez primera por Hobbes.

intentado determinar en qué consiste el concepto de la soberanía, sin llegar á hallarlo. En la lucha por la independencia del Estado, se advierte la mayor parte de las veces, de una manera más ó menos transparente, uno ú otro aspecto del poder del Estado soberano; pero la totalidad de la negación que radica en el concepto de soberanía, se revela en el momento en que se hace visible políticamente esta negación y aparece triunfante ante los ojos de los investigadores.

3. La investigación revela, pues, que la soberanía sólo puede comprenderse mediante las luchas históricas de los Estados para afirmar su existencia. Nuestro trabajo habrá de mostrar, por tanto, que en el momento en que este concepto adviene esencial del poder del Estado, y, por consiguiente, del concepto del mismo, principian los ensayos para darle un contenido positivo. Bodino encontró ya el paso de la función negativa de la doctrina de la soberanía á la función positiva, es decir, á partir de él, la doctrina de la soberanía se coloca en una nueva posición de lucha. De una situación de defensa pasa á otra de ataque; las transformaciones fundamentales que experimenta esta doctrina, y que han hecho época, proceden todas ellas de hombres que toman una parte viva en las luchas políticas de su tiempo y que quieren decidir la victoria creando nuevas ideas. Por distintos que sean estos ensayos, no pueden negar en sus posiciones el origen meramente negativo de la concepción de la soberanía, y, por consiguiente, el problema continúa consistiendo en negar enérgicamente, en su avance, las exigencias de todos los poderes que se opongan á ella. Pero antes de que aclaremos esto, será preciso explicar otro proceso de gran importancia.

Aparece aquí una segunda serie de pensamientos, que al comienzo está completamente separada de la doctrina de la soberanía, pero que la precede muy de lejos en el orden del tiempo, se enlaza con ella de un modo peculiar y la conduce

á errores y confusiones profundas, que históricamente se veían acompañadas de consecuencias muy graves.

En las luchas por la independencia del Estado y de su poder en la Edad Media, la monarquía es en general la que representa la idea de Estado; por esto aparece el pensamiento político en los momentos de la lucha por el Estado, como si se tratase de lucha entre el soberano temporal y el Papa, entre el rey y el emperador, entre el gran señor y los señores feudales ó ciudades. De aquí que se refiera la soberanía, en un principio, al monarca. El Estado es, pues, una comunidad en cuya cima está un señor soberano. Las nuevas teorías políticas y de derecho natural, reconocen también otras formas de Estado además de la monarquía; pero ésta es su forma predilecta. (El poder del Estado considerábase como poder independiente, únicamente á condición de que el príncipe no se viera ligado en el Derecho Público, absolutamente por nada, esto es, á condición de que todo el orden del Estado le fuera ofrecido incondicionalmente. De este modo, la doctrina de la soberanía se transforma en absolutismo. El creador de la doctrina científica de la soberanía, es al propio tiempo el primer defensor de la necesidad jurídica y política del Estado absoluto.) Pueden advertirse claramente en este punto los efectos que ejerce el ambiente de la época sobre las teorías del Derecho Político. Ya hemos afirmado que Bodino, en medio de las turbulencias de las guerras civiles, llega á considerar que el único medio de salvación para el Estado se encuentra en el reconocimiento de la omnipotencia del rey. No ocurría cosa distinta con el poder de los príncipes en los demás Estados continentales. En esta época la transición hacia el Estado moderno tuvo como medio necesario la concentración del poder del príncipe, unas veces para instituir la unidad del Estado, como acontece en España, donde habían subsistido hasta entonces dos Estados independientes, llegando á fundirse, y en otras ocasiones, para

preservar al Estado de las fuerzas centrífugas, cada vez más fuertes, puestas de manifiesto en el espíritu particularista de los estados ó clases. La doctrina del Estado de aquellos tiempos no había hecho sino expresar en una fórmula jurídica lo que hacia dos generaciones había ya exigido Maquiavelo para la formación del Estado nacional de Italia; un poder en el príncipe que sólo hiciese valer su propia voluntad sin consideración alguna y destruyese cuanto se le colocase en su camino.

La nueva doctrina—y esto es más claro en el siglo xvii—consustancializa el Estado cada vez más con la persona del príncipe, y no da al pueblo otro valor que el de objeto de la actividad de aquél. Esta transformación de la teoría sólo se la comprende en sus peculiaridades científicas, si se la pone en relación con los miembros que la unen á la evolución precedente de la doctrina del Estado. La Edad Media se ocupó de la cuestión relativa á los orígenes del poder terreno. Sólo se presentaban dos posibilidades ante los pensadores de aquella época: el origen humano ó el origen divino. La doctrina del origen divino del poder terreno fué combatida desde un principio por la Iglesia, y más tarde, la doctrina amparada por ésta, la de reducir el *imperium* á institución divina, fué continuada y completada mediante una teoría del origen humano del poder, de los que en cada época, ejercían el mismo; con lo cual, muy pronto la segunda de las posibilidades indicadas apareció en una posición preferente. La antigua fórmula romana, según la cual el poder descansa originariamente en la asamblea popular, ofrece á esta última posición una base de autoridad inquebrantable. Además, como antes hubimos de hacer notar, influye también la antigua concepción judaica proporcionada por la Biblia, así como el hecho de la designación de los directores terrenos de la cristiandad mediante elección; todo ello hacía considerar al pueblo como el único titular indiscutible y originario del poder supremo. Además concuerda con la concepción germa-

na del Derecho la consideración del Estado—que al principio era enteramente embrionario—como una gran corporación, cuyo poder es el poder general de los miembros. La teoría de aquellos tiempos, separada enteramente de la realidad, se mueve sólo dentro de las categorías de la antigua escolástica, y á causa de ello, sólo se le presenta una alternativa: la de concebir al pueblo como la fuente permanente de todo poder en el Estado, ó bien al monarca; pero este último caso lo consideran como resultado de la dejación del poder por parte del pueblo, su titular originario. Cuanto más tiende á concentrarse el poder del príncipe, tanto más enérgicamente afirman sus adversarios su origen popular. En los siglos xiv y xv mantienen esta doctrina escritores eminentes, la cual se utiliza en las turbulencias que levanta la Reforma en los estados occidentales como un medio de lucha contra los poderes terrenos que oprimían igualmente las conciencias. En la literatura de los monarcómacas sobre el Estado, literatura publicada en la misma época que la obra de Bodino, se hace nacer el fundamento del derecho del rey, del derecho del puebl, y con esta doctrina se combaten las exigencias políticas que aspiraban al absolutismo.

A esta idea acompaña un hecho de importancia científica. El carácter corporativo del Estado no fué enteramente desconocido de la Edad Media ni de los conocimientos de la moderna; pero una idea clara de las consecuencias últimas que de una tal concepción pudieran derivarse, no se encuentra antes de la ciencia moderna del Derecho Natural, así como este mismo no se encontró en condiciones de desarrollar, sin caer en algunas contradicciones, su idea de la naturaleza corporativa del Estado. La tosca concepción empirista que concibe al *populus* como una suma de individuos previa al Estado y unificada por éste, y á los príncipes, no como miembros del pueblo, sino como personas individuales, esta doctrina vuelve á reaparecer. A esto se enlaza la cuestión acerca del poder soberano

no del Estado y la del titular de este poder, al cual titular se le coloca, como no puede por menos, ó totalmente, ó en parte, fuera del Estado; esto es, que incluso cuando se le reconoce su carácter de órgano, es al propio tiempo persona situada fuera del Estado, cuyo derecho procede, no sólo del orden del Estado, sino de un acto que precede á este orden, ó que sirve de fundamento á personalidades preestatistas. Aparecen, pues, aquí dos distintas soberanías: la una que corresponde al Estado, la otra á la persona que representa el órgano supremo del mismo.

Se mezclan de este modo, por tanto, la doctrina de la soberanía popular con el principio moderno de que el Estado necesita un poder soberano. El averiguar hasta qué punto ambos vínculos de pensamiento, que sólo razones históricas enlazan, están en una conexión lógica, es cosa que resulta de la cuestión relativa al origen del poder, la cual se presenta para toda corporación no soberana en igual medida que para el Estado; en tanto que no puede ser propuesto el problema de la naturaleza de la soberanía de una comunidad, de una corporación ó de una asociación, en general. De estas reflexiones tan inmediatas y que, no obstante, nadie ha hecho objeto de investigación, se deduce claramente que la cuestión acerca del poder supremo *en el* Estado no tiene nada que ver con la del poder supremo *del* mismo. Órgano soberano en el Estado y Estado soberano son, pues, dos cosas enteramente distintas. En la terminología actual, difícilmente se logrará que deje de emplearse esta palabra para dos cosas tan enteramente distintas, en parte á causa del lenguaje del Derecho Internacional, y en parte también á causa del uso que se hace de este término, soberanía popular, á que tan apegada se muestra la literatura de las actuales repúblicas democráticas (1).

(1) Véase G. Meyer, pág. 21, nota 7; Rehm, *Staatslehre*, página 62.

Sería una investigación muy importante la que se propusiese mostrar el influjo que han tenido las oscuridades en la terminología, en la historia del pensamiento y de la acción humana.

Posteriormente, reaparece con frecuencia la antigua doctrina del origen divino del poder del príncipe. A menudo se une á ella la de la soberanía, bien para apoyar al carácter absoluto del poder soberano, ya para subrayar sus relaciones con la ley divina y mostrar que no puede estar sometida á la ley humana. Pero no se ha propagado tanto como la que hace derivar el poder del monarca de la soberanía del pueblo. Tiene aquella doctrina un defecto de origen, cual es, el de que sólo puede reconocer como fundamentada y justa una determinada forma del Estado; por esto, ó acude á una credulidad infantil en la autoridad, como acontece á Graswinckel y Filmer, ó se apoya, como en Bossuet, sobre pensamientos teocráticos que no tienen necesidad de prueba alguna, ó bien, por último, renuncia á la comprensión de los sucesos históricos, como acaeció con los legitimistas franceses y sus continuadores los alemanes.

La teoría del origen humano del poder soberano del príncipe, conduce desde Hobbes—que es el primero en no dar á la soberanía del poder del Estado un carácter de hecho como Bodino—á la superación de la doctrina del Estado de la escuela del Derecho Natural sobre la teoría de la soberanía popular á la que considera como fundamento originario del Estado y de la Constitución. Todas las construcciones jurídicas posibles son aceptadas para fundamentar, de conformidad con el punto de vista jurídico del autor, el poder soberano del príncipe. El pueblo acuerda un contrato bilateral con el rey, y los miembros del pueblo acuerdan otro entre sí, al cual se someten; de suerte que el pueblo se encuentra obligado en fuerza de este contrato de sujeción, pero el titular del poder creado no queda obligado. El pueblo cede al rey todo el poder á título de precario, poder que en toda ocasión puede recobrar. El pueblo delega en el rey una

parte de su poder, pero reserva el resto para ejercitarlo por sí mismo. El pueblo puede despojarse de su poder; el poder del pueblo es inalienable. Estos son los dos principios fundamentales que con innumerables variaciones se encuentran expresados en las doctrinas de los siglos xvii y xviii, y que tienen un poderoso influjo en las luchas formidables de aquellos tiempos.

Un examen atento deja ver fácilmente la razón de estos errores de la doctrina de la soberanía en la época del Derecho Natural. Unas veces se trata de la doctrina que hace derivar el Estado del individuo, al que considera anterior, y, por tanto, jurídicamente—al menos para el Derecho Positivo—ilimitado. Esta doctrina considera como fuente del poder la suma de los individuos soberanos, reunidos mediante la asociación y desenvuelve las tendencias, vivas ya en la Edad Media, que buscan en la voluntad popular el origen del *imperium*. Además, una concepción suministrada por la doctrina del Estado de los ingleses, y que consiste en considerar que la comunidad popular es el Estado mismo, rodea de autoridad inmovible á la teoría de la soberanía popular como última base de todo poder del Estado. Justamente la doctrina amparada por la autoridad de los canonistas, de la *civitas* ó el *populus* (*coetus, societas*) como Estado—la cual fué transmitida por Aristóteles, Cicerón y los juristas romanos y ha sido la causa que ha impedido una clara concepción de las asociaciones públicas—había de conducir cada vez más á la equivalencia de pueblo y Estado. Si la época de Grocio y Hobbes, hasta Kant y Fichte, al desenvolver la doctrina del poder absoluto del príncipe y del pueblo se hubiese despojado de los supuestos del Derecho Natural y hubiese desenvuelto de un modo consecuente la doctrina de la naturaleza corporativa del Estado, que tan enérgicamente defendieran, habrían podido reconocer en el pueblo, al que consideran como fuente indudable del poder, no como el pueblo previo al Estado, el cual Estado se formaba por la unión de los indivi-

duos, sino que habrían considerado al Estado como el pueblo organizado. En una palabra: habrían conocido al Estado. La cuestión relativa á los orígenes del poder del príncipe, cuestión que desde el comienzo va unida á la moderna doctrina de la soberanía, habría necesitado conducir al principio de que tal origen radicaba en el Estado, con lo cual el poder monárquico habría hallado al poco tiempo la amplitud de su contenido y la limitación del mismo.

Es muy significativo, para mostrar las opuestas teorías que existen en las corrientes jurídicas, el advertir que tanto la doctrina del Derecho Natural en sus comienzos, como la jurisprudencia positiva, no ignoran completamente lo antes dicho acerca del origen del poder. En la Edad Media, la doctrina del *Corpus mysticum Christi* reconoce que el pueblo se eleva á la unidad de Estado, con lo cual el monarca es considerado como un órgano. Los publicistas posteriormente distinguen entre la *majestas realis* propia del Estado, y la *majestas personalis* del monarca, que se deriva de aquél (1). Pero en tanto que en estos escritores tales afirmaciones tienen el carácter de una manera especial de derivar la soberanía del príncipe de la del pueblo, otros juristas, partiendo de concepciones prestadas por el derecho feudal, corrigen á Bodino; tal acontece con el famoso jurista francés Loiseau, quien afirma que la soberanía corresponde al Estado, ó mejor, al territorio de éste, y, por tanto, es poseedor de ella el que en cada momento es titular de dicho territorio. De esta manera deriva él de la *souveraineté in abstracto* la *souveraineté in concreto* (2). Esta concepción de la soberanía,

(1) Gierke, *Althusius*, págs. 164 y sigs.

(2) «Et comme c'est le propre de toute seigneurie d'estre inhérente à quelque fief ou domaine, aussi la souveraineté in abstracto est attachée à l'Estat, Royaume ou République. Parei-

desconocida—hasta donde yo puedo afirmarlo—de la literatura moderna, es de una grande importancia para la historia de los orígenes del concepto soberanía, porque en ella se expresa, en su forma original, la antigua concepción feudal francesa, según la cual la dominación del territorio es el fundamento del poder del Estado.

Grocio, para fundamentar el Derecho Internacional, hubo de combatir la mal comprendida doctrina aristotélica, á la que había permanecido fiel el propio Bodino, doctrina según la cual, los cambios en la constitución llevaban consigo el cambio del Estado.

El propio Grocio sólo logra afirmar la identidad del Estado á través de las modificaciones de la Constitución, mediante la oposición entre Estado y príncipe; por eso hace una distinción entre el *subjetum commune*—el Estado—y el *subjetum proprium* de la *majestas*—el príncipe (1).—Así, pues, no distingue tampoco claramente entre Estado y pueblo, sino que su doctrina desemboca á la postre en aquella que consideraba la soberanía popular como el fundamento de la soberanía del príncipe (2).

llement, comme toute seigneurie est communiquée aux possesseurs de ce fief ou domaine, la souveraineté, selon la diversité des Etats se communique aux divers possesseurs d'iceux: á sçavoir en la démocratie á tout le peuple... En l'aristocratie la souveraineté réside par devers ceux, qui ont la domination.. Finalement és Monarchies elle appartient au monarque qui pour ceste cause est appelé prince souverain ou souverain seigneur.» *Traité des seigneuries*. Paris 1608, pág. 25.

(1) I, 3, § 7, 1.

(2) Véase Gierke, *Althusius*, págs. 173 y sigs. Rehm, *Geschichte*, pág. 237, que atribuye á Grocio una visión más consecuente acerca de la naturaleza de la soberanía del Estado. Pero en la página 241 subraya las obscuridades que existen en Grocio respecto á la significación de *populus*.

Mas en tanto que establece un paralelismo entre la actividad del príncipe y la de la visión—la cual puede tomar como sujeto tanto el cuerpo como el ojo mismo (1)—se acerca á una concepción exacta, sin llegar á alcanzarla por completo, ó al menos á fijarla.

4. Lo dicho hasta ahora nos hace comprender las tentativas realizadas por dar un contenido positivo al concepto de la soberanía, el cual por sus orígenes y por su propia naturaleza tenía un carácter negativo. De la concepción abstracta de un poder que niega las exigencias de todos los poderes no estatistas que se le oponen, no puede derivarse consecuencia alguna positiva respecto de su contenido. Para lograr esto, es preciso referir la teoría á la vida concreta del Estado. La teoría considerará simplemente á la persona soberana que se ve en la cima del Estado, termina las facultades que le corresponden, conforme al orden jurídico reinante, para considerarlas como elementos esenciales y necesarios del concepto del poder soberano. Pero mediante esta racionalización del derecho político positivo, se cae en una falta de suma importancia para la evolución general de las concepciones fundamentales del Derecho, á saber: *en la identificación del poder del Estado con la soberanía*. Esto aparece ya en Bodino, que hace consistir el poder soberano en un número determinado de derechos particulares. Es verdad que estos derechos no se consideran derivados de la esencia misma de la soberanía; esto es, no se demuestra que no pudiesen ser derivados con igual razón de un poder no soberano, pero en lugar de la prueba, se usa de la afirmación. Es claro, pues, que en esta equivalencia entre función del Estado y derecho de soberanía, radica una *petitio principii*: del hecho de que el soberano ejercita un derecho, se concluye que se trata de una función del Estado, siendo así que debería probarse que constituye una

(1) I, 3, § 7, 1.

función necesaria del Estado, la cual, por esta razón, necesita pertenecer al soberano (1). Además, no se investiga lo que sería de un Estado en un momento dado, al sustraérsele uno ó varios derechos de soberanía y al afirmar otros. En sus esfuerzos por construir el Estado normal, uno en sí mismo, olvidan los fundadores de la doctrina de la soberanía justamente aquellos casos empíricos en los cuales debiera ensayar la doctrina la necesidad del concepto de la soberanía para el Estado.

Que el contenido positivo de la soberanía es afirmado de este modo, nos lo muestra con toda claridad Bodino en sus observaciones posteriores acerca del Derecho de la soberanía. Ocho *vrayes marques de souveraineté* señala Bodino: el derecho de legislar, el derecho sobre la paz y la guerra, el derecho á nombrar los altos dignatarios, el derecho supremo de justicia, el derecho á la fidelidad y á la obediencia, derecho de gracia, el derecho de moneda y, por último, el derecho á fijar impuestos. Pero éstos no son otros que los derechos que el rey de Francia exigía para sí, y estas circunstancias y relaciones son las que han servido de modelo (2). Cuando se atribuye á los súbditos semejantes derechos, éstos no son en sus manos sino una posesión precaria que puede serles arrebatada por el poder soberano

(1) «Jura majestatis ejusmodi esse necesse est, ut summo quidem Principi tribui, magistratibus aut privatis non possint: aut si summis Principibus ac privatis communia sint, jura majestatis esse desinant (I, 10, pág. 234), jura majestatis ejusmodi esse debere ut summorum quidem Principum omnino propria sint, nec tamen cum subditis communia.» I, 10, pág. 271.

(2) Pronto se ha reconocido cuán arbitraria y antisistemática es esta enumeración. Ya Loyseau, ob. cit., pág. 26, advierte que el poder absoluto es el que considera como nota característica de la soberanía, y afirma: «les autres marques de souveraineté rapportées par Bodin... sont plustost droits et dépen-

HABER

en todo tiempo (1). Aquí es donde se muestra con claridad el punto en que el concepto de la soberanía toma la ofensiva y adviene idea política de consecuencias profundas.

Hobbes continúa este camino con impasibilidad y señala el concepto de la soberanía con toda claridad en su sentido absolutista. Pero él es mucho más sistemático que Bodino, pues no busca el contenido de la soberanía en lo exterior, sino en el fin mismo del Estado, y trata de hacerlo derivar de este fin (2). Según él no caben apelaciones contra el soberano, ni es susceptible de ser penado: es el supremo custodio de la paz y la más alta autoridad en materia de fe. Es legislador, juez supremo, señor de la paz y de la guerra y de todos los servicios; tiene el derecho de recompensar y castigar *praeter legem*, y es, por último, la fuente de todos los honores y dignidades (3). Pero éstas no son otra cosa que las propiedades fundamentales que enumeraba la teoría inglesa de la prerrogativa regia, tal como esta teoría era formulada un siglo más tarde por Blackstone (4). Hobbes ha elevado el derecho inglés á principio absoluto, como hizo Bodino con el francés; pero es

dances que marques spécifiques et certaines: et quiconque voudroit mirer et recognoistre la souveraineté par chacunes d'icelles, se mesprendroit souventes fois.— Véase además Paurmeister y Hancke, pág. 50, ob. cit.

(1) «... quaeque nec concedi debeant, et concessa nulla temporum curriculo praescribi possint. At si Princeps publica praedia cum imperio ac jurisdictione et eo modo fruenda concesserit, quo ipse fruatur, etiam si tabulis jure majestatis excepta non fuerint, ipso jure tamen excepta judicantur». I, 10, página 271.

(2) Véase Rehm, *Geschichte*, pág. 246.

(3) *Leviathan*, cap. XVIII, págs. 162 y sigs.

(4) *Commentaries*, I, págs. 243 y sigs.

en sus consecuencias mucho más riguroso que aquél; para él toda separación de un derecho de los que constituyen la soberanía, y toda traslación de este derecho á una persona distinta del titular del *summum imperium*, sería una acción destructora del Estado (1). Todo poder de un cuerpo político que no es el Estado, es creación del poder soberano y está sometido á éste (2).

Los ensayos posteriores para dar al concepto soberanía un sentido positivo, siguen este mismo camino. Así Locke, al señalar los cuatro poderes que distingue en el Estado, legislativo, ejecutivo, federativo y la prerrogativa, no ha hecho sino elevar á abstracción las relaciones políticas inglesas, tal como, después de la revolución de 1688, se encontraban transformadas. La doctrina jurídica alemana, desde que, al comienzo del siglo xvii, principia á influir sobre ella la teoría de Bodino, considera igualmente de un modo fundamental las relaciones políticas de la propia patria, siempre que intentan los distintos escritores hacer una división de los derechos de la soberanía. Y la polémica que se suscita en Alemania en el primer decenio del siglo xvii contra la doctrina de Bodino, obedece principalmente á la oposición entre las relaciones estatistas alemana y la francesa (3). La investigación de las relaciones existentes en cada caso particular entre la teoría y la realidad, es de la mayor importancia; en cambio, los resultados teóricos de muchos escritores de segunda fila de la época del Derecho Natural tienen un interés muy escaso, porque no se encuentra en ellos una elaboración verdadera del concepto de la soberanía, sino que más bien se

(1) *De cive*, cap. XII, 5, *Leviathan*, cap. XVIII, pág. 167 y siguientes.

(2) *Leviathan*, cap. XXII, pág. 210.

(3) Véase Hancke, *ob. cit.*, pág. 4.

limitan á aceptar tal ó cual pensamiento, anteriormente exteriorizado, ó á rechazar algún elemento en favor de otros.

Todos los impulsos, pues, por llegar á dar al concepto soberanía un contenido positivo, se refieren al poder del Estado, el cual es identificado con el *summum imperium*; mas con esto la teoría cae en una contradicción política con respecto á la vida, porque antes del siglo xix muchas de las facultades que exclusivamente se atribuían al soberano en el mundo de los Estados—á causa de los vestigios del Estado feudal—correspondían también á otros poderes que no eran el del soberano. La teoría eleva precisamente los derechos de majestad que había abstraído de las relaciones existentes, y los considera exclusivamente atribuibles al titular del Derecho de majestad. Del mero hecho de que el poder supremo posee un derecho, sacaba en consecuencia la teoría que sólo podía pertenecer este derecho al poder supremo; y en tanto que todos estos derechos se colocan dentro del concepto del poder del Estado, para ser derivados de nuevo deductivamente de este concepto, en tanto que hace esto, decimos, atribuye la teoría al soberano—exclusivo tenedor originario—todos los derechos de dominación. De esta manera, toda tenencia de tales derechos por una persona individual ó social, pero que no sea el Estado, adquiere el carácter de usurpación. El mismo derecho de dominación pertenece siempre al Estado, sólo que para ejercitar ésta puede delegar en sus subordinados, pero conservando la substancia de la dominación como un derecho que le es propio.

El gran proceso de la expropiación por el Estado, de los poderes públicos coordinados y subordinados á él, proceso que forma la nota peculiar de la evolución política de los tiempos modernos, encuentra en esta teoría un fuerte apoyo. El concepto de la soberanía del Estado, en su forma absolutista, ha sido, á causa de esto, uno de los grandes hechos históricos que

han influido en el concepto moderno del Estado. La convicción práctica de que éste es el que mantiene todo el poder público, y de que, por tanto, sólo de él puede nacer el derecho al ejercicio de las funciones públicas, procede de esta idea moderna del Estado.

La doctrina de la soberanía, según sus orígenes, parece no ser sino una teoría negativa cuyo fin consistía en que el Estado se afirmase á sí mismo. Mas al desenvolverse y tomar como contenido positivo el carácter de poder del Estado, transforma los conceptos fundamentales del Derecho Político. En sus representantes clásicos esta doctrina parte de la concepción de la unidad centralista del Estado, concepción á que tenía que conducirla necesariamente la generalización de sus principios del Derecho Natural. Al ser creado todo poder del Estado mediante el contrato de los miembros del mismo, no queda lugar alguno para el poder público de una asociación independiente dentro del Estado.

La significación práctica de este aspecto de la doctrina de la soberanía se nos mostrará con toda claridad, si para concluir esta ojeada histórica describimos á grandes rasgos cuales han sido la suerte y los efectos políticos del concepto de la soberanía desde fines del siglo xvii.

5. Después del intento que hubo de resolver el problema de la soberanía aceptando una doble superioridad, la de la *majestas realis* y de la *personalis*; después de las indicaciones de Grocio, que no pudieron conducirnos á un conocimiento de la soberanía del Estado, sino más bien á la doctrina, tan rica en influjos, de Hobbes, según la cual la soberanía del príncipe absorbía completamente la del *corpus* del Estado, considerada durante largo tiempo, fué la soberanía personal como la única; esta soberanía descansa igualmente, en último término, en la del pueblo. No sólo el soberano absoluto de Hobbes, sino el Parlamento, dotado de un poder despótico en Blacksto-

ne (1), y finalmente el poder inalienable del pueblo en Rousseau, conduce al mismo orden de pensamientos. Y en este mismo plano de ideas está la teoría constitucional, que principia en Inglaterra con Tomás Smith y Hooker, y llega á un período de florecimiento con Locke y Montesquieu, Sieyès y Benjamín Constant. Todas ellas se apoyan en la doctrina de la soberanía originaria del pueblo, á la que conceden un valor de necesidad desde el punto de vista del pensar. Antes que Rousseau, Montesquieu había visto ya en el poder legislativo *la volonté générale* (2).

De este modo, la doctrina de la soberanía da un nuevo avance. La teoría constitucional y la del *Contrato social* tienen la exigencia común de querer moldear la vida del Estado según sus principios, del propio modo que en los dos siglos anteriores lo había pretendido en la Europa occidental la teoría de la soberanía del príncipe. La Constitución de los Estados Unidos, tanto de los Estados particulares como de la Unión, los experimentos constitucionales de la Revolución francesa, la teoría de *pouvoir constituant* inalienable y correspondiente al pueblo, que tan gran papel juega hasta en el movimiento de 1848, la construcción de la monarquía belga sobre la base de la soberanía nacional, todos ellos son ejemplos que muestran la

(1) It has sovereign and uncontrollable authority in the making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is intrusted by the constitution of these kingdoms. I, pág. 160.

(2) *Esprit des lois*, XI, 6, «n'étant l'un (le pouvoir législatif) que la volonté générale et l'autre que l'exécution de cette volonté générale.»

importancia práctica de la doctrina de la soberanía. Pero la antigua teoría de la soberanía del príncipe no deja tampoco de influir en los siglos XVIII y XIX, y de conseguir triunfos importantes en el campo de la política práctica apoyada á menudo por la concepción teológica de la monarquía de *jure divino*. Lo que decía Federico Guillermo I á los nobles de la Marca: que él quería establecer la soberanía como si fuese una roca de bronce, fué en el siglo XVIII la máxima que sirvió al proceso de formación del sistema de los Estados del Este. La concepción del derecho soberano de dominación, al cual ha de someterse todo derecho de los súbditos, por buena y expresamente formulado que se halle, es la idea que ha llevado á cabo la unidad de Prusia y la unidad de Austria (1). Bajo su influjo, unen sus territorios los soberanos de Brandeburgo y Austria para hacer de ellos una unidad organizada y sometida administrativamente á una misma autoridad. Esta unión se oponía á las constituciones particulares de los *estados* ó clases, y sus disposiciones contra-

(1) Desarrollando la doctrina de Bodino, Hobbes y Puffendorf, ha sostenido la escuela del Derecho Natural en Alemania, en el siglo XVIII, la teoría de que el poder del Estado corresponde al jefe del mismo, y que á la cualidad de tal jefe supremo convienen todas las facultades como derechos exclusivos de la majestad, derechos que son necesarios para que el Estado alcance su fin; tratar de alcanzarlo es el deber del monarca. Wolff, en su famoso é influyentísimo libro *Jus naturae*, VIII, § 810, es el primero en haber hecho esta afirmación: «Qui imperium civile exercere debet, ei competunt omnia jura, sine quibus ita exerceri nequit, ut bonum publicum, quantum fieri potest promoveatur.» Este es el *jura majestatica*. Este concepto es desarrollado más tarde, § 811: Este principio lo toma como un punto de partida común toda la literatura de la escuela del Derecho Natural, y hasta llega á alcanzar su expresión legislativa en el *Allg. Landrecht*, parte 2.<sup>a</sup>, tít. XIII, § 1. Todos los derechos y deberes del Estado respecto de sus ciudada-

dicen la concepción dominante de la soberanía. La centralización de Francia, cada vez más acentuada después de Luis XIV, la penetración de los intendentes y sus delegados en la administración de las ciudades y de los *estados* en la época del *ancien régime*, de igual modo que la enérgica concentración que después de un momento de debilidad emprende el poder del Estado hasta llegar casi al total aniquilamiento de las administraciones autónomas que entonces existían, fué una tendencia de la legislación francesa que halló su expresión más aguda en la ley del *pluvioso* dada por Bonaparte, con la que se abre el camino á la nueva monarquía. Mas todo esto no ha podido llevarse á cabo sino mediante el influjo enérgico de la idea de que era necesaria la concentración del poder soberano en las manos de uno solo.

La doctrina de la soberanía del príncipe ha tenido singular

nos y deudos, únense en el jefe del Estado, quedando de este modo enlazadas las doctrinas de los deberes del monarca con la de los derechos de la majestad para el cumplimiento de los mismos. Es muy de tener en cuenta que Svarez era un discípulo del woliano Darjes, el cual, como Stölzel (Svarez, págs. 62 y sigs.), hace notar, influye mucho en aquél, y que el programa político de Svarez (Stölzel, pág. 286) estaba todo él fundamentado en la doctrina contractualista de la doctrina del Estado. Zorn, *Die Literaturzeitung*, pág. 881, encuentra trivial esta doctrina absolutista del Derecho Natural derivada de la de la soberanía del pueblo, teoría absolutista que no coincide, como ha sido probado, con el principio monárquico, tal como fué formulado en las constituciones alemanas posteriores, como el «resultado de la evolución del Estado de Brandeburgo y Prusia». Yo estimo esto con mucha más amplitud que Zorn, y opino que un principio que debe valer como el resultado de todas las monarquías absolutas en Alemania y fuera de Alemania, no puede considerarse como peculiar y distintivo del Estado prusiano.

importancia en el proceso de la formación de la nueva Alemania, después de la disolución del antiguo reino. Una serie de príncipes alemanes, que más tarde se convirtieron en soberanos, trataron de buscar una situación nueva y clara para ellos en el sentido del antiguo absolutismo. La supresión de las antiguas constituciones, en las que se reconocían los *estados* ó clases, fué considerada por ellos como una consecuencia del concepto de la soberanía. Así, pues, este concepto ha puesto á un lado *ipso jure* todos los derechos de los Estados (1). A fin de llevar á cabo la concentración del poder del príncipe, el acta de la Confederación del Rhin instituye una lista de los derechos del soberano para determinar de este modo el sometimiento de los que estaban mediatizados (2). Entonces es cuando comienza á penetrar en los círculos oficiales en Alemania la doctrina del principio monárquico. En el antiguo imperio no cabía hablar de ello, pues ni el emperador ni los señores territoriales podían afirmar, dado el derecho existente, que ellos poseyesen la ple-

(1) Así en Nassau (territorio de Trier), Württemberg, Baden (Breisgau), Hessen-Darmstadt, Baviera (antigua Baviera y Tyrol); Clèves-Berg. El Derecho Político de aquella época defiende esta conducta, mediante una deducción del concepto de la soberanía. Véase, por ejemplo, K.-S. Zachariae, *Fus publicum civitatum quae foederi Rhenano adscriptae sunt*, 1807, pág. 28; Gönner, *Archiv für Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums*, I (1808), págs. 1 y sigs. Gönner, en su libro *Teuschen Staatsrecht*, 1804, pág. 388, afirma que el dueño del territorio no puede hacer depender los derechos esenciales del gobierno del consentimiento de los *estados*. Véase sobre esta literatura Mejer, ob. cit., pág. 68, núm. 15, pág. 137, núm. 12; y G. Meyer, ob. cit., página 103 y sigs.

(2) Acta de la Confederación del Rhin, art. 25. Zorn, *D. Literaturzeitung*, pág. 879, no encuentra aquí la prueba de que la evolución de Brandeburgo y Prusia haya servido de principio formativo al Derecho del Estado moderno en Alemania. Este

nitud del poder monárquico. Incluso entre los últimos publicistas del imperio, no puede encontrarse ninguno que hable de la imposibilidad de poner limitaciones al órgano supremo del imperio ó de los soberanos particulares (1). Al final de la guerra de los treinta años no se había logrado aún transformar la *superioritas territorialis* en un *suprematus*, y las observaciones posteriores de Leibnitz, encaminadas á este fin, no tuvieron resultado práctico alguno. Pero el movimiento de la guerra de liberación tuvo como resultado el que se consignase la promesa del art. 13 del Acta de la fundación de la Confederación alemana, y con él el problema de la legislación constitucional alemana hubo de consistir en armonizar el orden constitucional que se iba creando con las exigencias de la soberanía del príncipe, á la que era necesario apoyar ante los movimientos de los revolucionarios.

Estado moderno, es tanto el Estado de los grandes electores cuanto los Estados particulares y el imperio. La cuestión consiste aquí en saber, qué es lo que se entiende por Estado moderno. Para Zorn lo era ya el Estado absoluto; para mí lo es el Estado constitucional. Pero que el Gran Elector haya sido el genitor de nuestras constituciones particulares y del imperio, y que Prusia haya sido la que ha dirigido el movimiento constitucional en Alemania, difícilmente podrá probarlo Zorn. M. Lehmann, *Freiherr vom Stein*, II, págs. 12 y sigs., nos dice cómo este concepto del Estado moderno se entendía en Prusia en la época de la fundación de la Confederación del Rhin. Yo no creo que se preste un servicio á la ciencia mostrando, mediante construcciones antihistóricas que quieren apoyarse en el pasado, la labor de unión histórica que ha realizado Prusia en Alemania, porque, además, esto, políticamente, es enteramente superfluo. El propósito de Zorn y el mío difieren esencialmente por que él no va á la investigación, como yo, desapasionadamente á buscar la verdad histórica, sino que exige una construcción patriótica.

(1) Véase Pütter, *Beiträge*, I, págs. 293 y sigs.; Gönner, *Staatsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 375, 1805. Hasta que tuvo lugar la diso-

De nuevo una fórmula francesa es la que sirve de tipo á la formulación del Derecho Público en Alemania. Al comienzo de la restauración, habían creído hallar los círculos conservadores franceses el mejor muro de contención contra las futuras acometidas de los revolucionarios en una realeza independiente de todo movimiento popular. Bajo el influjo de las tradiciones del *ancien régime*, así como de la concepción de los *toris* de Inglaterra, que no había sido tocada por la revolución, fué improvisada por Beugnot la introducción á la carta de Luis XVIII (1), en la cual, con una ignorancia admirable de lo sucedido desde 1789 á 1814, se dice que el rey, *après une longue absence*, y cediendo á deseos de los súbditos, concede al pueblo voluntariamente, y por el libre ejercicio de su autoridad, una constitución, en la cual afirma la antigua situación del rey, ya que todo el poder público de Francia tiene su asiento en la persona de éste, pero, no obstante, concede al pueblo una parte en su ejecu-

ción del imperio se reconocía la posibilidad de deponer á un soberano particular mediante un acuerdo del imperio. Los intentos absolutistas que tanta importancia práctica han tenido, y que fueron llevados á cabo por los soberanos particulares, se apoyaban doctrinalmente en la aplicación al Derecho Positivo, aplicación que es inadmisibles de los principios profesados acerca de la doctrina de la soberanía por la escuela del Derecho Natural á los soberanos particulares ó en la construcción patrimonial del Derecho Privado. Prusia y Austria podían afirmar su soberanía fuera del reino. En 1804 asegura Francisco II, mediante la aceptación del título de emperador de Austria, que no debe introducirse modificación alguna en la relación jurídica de sus derechos á la propiedad del reino.

(1) Sobre los interesantes orígenes de la historia de esta introducción á la carta, véase Duvergier de Hauranne, *Histoire du gouvernement parlementaire en France*, II, 1857, págs. 175 y siguientes, y especialmente Beugnot, *Mémoire*, 1866, II, págs. 227 y sigs. La expresión «principio monárquico» y su oposición á

ción (1). Con lo cual estaba ya encontrada la fórmula jurídica para el principio monárquico, principio que en su aplicación á las relaciones alemanas fué introducido primeramente en la Alemania del Sur, y que, bajo el influjo de la carta, encuentra su expresión legislativa en las Constituciones (2), y es elevado á

principio democrático es de origen francés, y proceden de la discusión política de 1814. Véase B. Capestigue, *Histoire de la Restauration*, 1837, pág. 96.

(1) Las afirmaciones más importantes son éstas: «Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à en modifier l'exercice, suivant la différence des temps... nous avons reconnu que le vœu de nos sujets pour une charte constitutionnelle était l'expression d'un besoin réel... Nous avons dû nous souvenir aussi que notre premier devoir envers nos peuples était de conserver, pour leur propre intérêt, les droits et prérogatives de notre couronne... nous avons volontairement et par libre exercice de notre autorité royale accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours, de la charte constitutionnelle.» Duguit et Monnier, *Les constitutions et les principales lois publiques de la France depuis de 1889*, 1898, págs. 183 y sigs.

(2) Constitución de Baviera de 26 de Mayo de 1818, título II, § I. El rey es el jefe del Estado; reúne en sí todos los derechos del poder del Estado, y los ejerce según las reglas establecidas por él en la presente Constitución. De acuerdo con ésta, se encuentra la de Baden de 22 de Agosto de 1818, § 5, Württemberg, Constitución de 25 de Septiembre de 1819, § 4, y Hessen, Constitución de 17 de Diciembre de 1820, § 4. Esta fórmula encuéntrase por vez primera en el proyecto de Constitución de Guillermo I para los *estados* de Württemberg de 3 de Marzo de 1817, sobre la cual no ha reparado la literatura hasta ahora, y acerca de la que me ha llamado la atención Anschütz. En la documentación constitucional de Baviera fué introducido este principio por la proposición de Zentner en la confe-

la categoría de un concepto dogmático indudable en el artículo 57 del Acta adicional de Viena (1). Los diplomáticos intentaron

rencia ministerial de 21 de Abril de 1818, «para expresar de un modo decisivo el carácter de los derechos de la monarquía frente á los estados». (Véase Seydel, *Bayer Staatsrechts*, I, pág. 169, número 2.) Por consiguiente, está de acuerdo con el pensamiento de introducción á la carta, que no tiene relación histórica alguna con el principio antes citado del *Allg. Landrecht*. Lo que hay de nuevo en ella, es, la afirmación que le sirve de fundamento, según la cual el poder monárquico no es derivable de ningún otro, y, además, la negación de toda clase de soberanía popular. El siglo XVIII, en tanto que no rendía culto á la doctrina patrimonial del Estado, consideró también en Alemania, incluso durante la monarquía absoluta que esta tomaba originariamente su poder, conforme á contrato de un desprendimiento del pueblo, fuente última de todo poder del Estado. El mismo Svarez (véase tomo I, pág. 267, n. 1) explica su afirmación de que al jefe del Estado se le deben todos los derechos que corresponden al último con respecto á sus miembros; «mediante esta determinación, se aproxima al principio del contrato social». Por lo tanto, no se habla como en el *Allg. Landrecht* de los deberes del jefe del Estado, pues estos deberes no son sino las cláusulas del contrato de sujeción, tal como eran desarrolladas en aquel entonces por la doctrina del Estado del Derecho Natural. La novedad de la formulación del principio monárquico en Alemania se aclara al considerar que en 1816, aun un político prusiano tan conservador como Ancillon, en su escrito sobre la soberanía y la Constitución de los Estados (2.ª ed., páginas 18 y sigs.), sólo acierta á representarse una monarquía limitada, partiendo del principio de la división del poder del Estado entre el monarca y los estados.

(1) «Como la Confederación alemana está formada, á excepción de las ciudades libres, por príncipes soberanos, resulta, á consecuencia de este concepto fundamental, que el poder total del Estado ha de permanecer unido en el jefe del Estado, y el soberano sólo puede, mediante una constitución particular, ser

por vez primera discutir un concepto jurídico, cuando en la Conferencia ministerial de Viena de 1820 trataron de dar una definición legal del concepto «príncipe soberano» y de la posibilidad de la limitación de sus derechos por la Constitución. Metternich dedujo inmediatamente de todo ello esta consecuencia amenazadora: que las Constituciones de Nápoles, Cerdeña y España, y la intervención política del Congreso de Troppau, Laibach y Verona, eran contrarias á los principios modernos del Derecho Internacional; por lo cual Metternich intentaba buscar el fundamento del orden europeo en el principio monárquico, separando algunos casos excepcionales, en los que el Congreso de Viena había reconocido pequeñas comunidades republicanas de un carácter histórico, tales como Suiza y las ciudades libres alemanas (1).

La transformación que sufre, pues, la doctrina de la soberanía del príncipe al transformarse el principio monárquico, sólo puede explicarse poniéndola en relación con la teoría de la soberanía popular, no como si se tratase de una derivación de ella, sino más bien como una oposición á la misma, pues la primera era considerada como doctrina enemiga del Estado. En la política práctica debía ser, por consiguiente, el principio monárquico el punto firme desde el cual debía vencerse definitivamente la revolución.

obligado á asociarse á los estados ó clases para el ejercicio de determinados derechos.»

(1) Es muy interesante el despacho circular de las potencias del Este de Laibach publicado en 12 de Mayo de 1821, en el que se dice: «Les changements utiles ou nécessaires dans la législation et dans l'administration des Etats ne doivent émaner que de la volonté libre, de l'impulsion réfléchie et éclairée de ceux que Dieu a rendus responsables du pouvoir.» Impreso en Ghillany, *Diplomatisches Haubuch*, II, 1855, pág. 438.

Por el contrario, en la doctrina del Derecho Político, la proclamación oficial del principio monárquico provoca la doctrina del derecho propio del monarca á la dominación, la cual no es comprensible, partiendo de la constitución del Estado. Se trata, pues, de una nueva aplicación de los antiguos principios del Derecho Natural y patrimonial (1). Pero ¿de dónde procede este derecho propio del monarca? Como quiera que no puede ser comprendido partiendo del orden jurídico del Estado, considerado desde un punto de vista terreno, reaparece la doctrina teológica del Estado, doctrina que jamás pudo considerarse por completo extinguida. No es el pueblo ni el Estado, sino Dios, el origen del poder del monarca, y, por consiguiente, esta nueva doctrina se une á la antigua, ó sea aquella con que desde Marsilio de Padua hasta Rousseau tan enérgicamente habían luchado los representantes de los derechos del pueblo.

Aun en la literatura del siglo XIX, es más, aun en la actual, permanece la concepción de la soberanía oscura y siendo objeto de confusiones (2). Así, por ejemplo, aquellos mismos que han reconocido la soberanía como atributo del poder del Estado, y éste como un elemento del mismo, continúan defendiendo la doctrina del derecho propio del monarca. La contradicción que inside en esto la ha reconocido y tratado de resolver

(1) El último que de una manera precisa se ha expresado de este modo, fué Maurenbrecher, *Die Regierenden Fürsten und die Souveränität*, 1839. En la página 167 dice: «que la soberanía debe ser en la monarquía hereditaria un derecho puramente privado (propiedad, parte del patrimonio) del príncipe.»

(2) Véase Rehm, *Staatslehre*, págs. 57 y sigs., el cual prueba que en la literatura y en el lenguaje oficial se usan indistintamente estas tres acepciones diferentes del concepto de la soberanía: atributo del poder del Estado, lugar jurídico del más alto órgano del Estado y, por último, poder del Estado.

Bernatzik (1), pero de tal manera, que no podía conducirle á ningún resultado. Por lo común, se mezclan de un modo inconexo las antiguas y las nuevas concepciones. Es un espectáculo interesante el ver la fuerza con que las representaciones y dogmas, que parecen superados, influyen sobre aquéllos que se creen libertados de las antiguas cadenas.

La observación exacta acerca de la relación del órgano con la soberanía del Estado, se debe á los adversarios de la doctrina del Estado de la escuela del Derecho Natural, y además á la teoría orgánica del mismo. El haberse esclarecido completamente este punto, se debe á la doctrina alemana moderna sobre el Derecho Político, cuyos fundamentos hay que buscarlos en la discusión acerca de la concepción de la soberanía, discusión que hizo época, de Albrecht, sobre el Derecho Político de Maurenbrecher (2). El camino acertado acerca de esto, como en tantas otras cuestiones, se debe á Gerber, quien hizo notar que la soberanía no era el poder del Estado, sino un atributo del mismo, y añadía: «Las expresiones soberanía del príncipe, soberanía del pueblo y soberanía de la nación, sólo son frases que se aplican á distintas teorías políticas. Con el concepto de soberanía no tiene relación alguna estricta el concepto del derecho del monarca, lo que no obsta para que soberanía y principio monárquico se confundan á menudo» (3).

Estas observaciones nos dan un punto firme y un fundamento cierto para comprender la naturaleza jurídica de la soberanía, y aclararnos lo que en la moderna literatura política y jurí-

(1) *Republik und Monarchie*, 1892, págs. 27 y sigs. Véase además mi recensión de este trabajo en *Archiv. f. öff. Recht*, VIII, págs. 175 y sigs.

(2) Ob. cit., pág. 1.491.

(3) Ob. cit., pág. 22, núm. 5.

dica aparece tan envuelto en una amplia fraseología cuando se trata de la soberanía (1).

## 2.—La naturaleza de la soberanía.

La revisión que hemos hecho de la historia del concepto de la soberanía, nos ofrece una serie de consecuencias importantes (2). La primera es, que los intentos por eliminar del Derecho Público el concepto de la soberanía, son antihistóricos (3). La evolución histórica de los Estados modernos va íntimamente unida, á partir de la Edad Media, al reconocimiento progresivo de la soberanía, y no se puede desconocer esta evolución y sus resultados sólo porque así convenga á una determinada construcción.

Esto nos muestra, de igual modo, cuáles son los errores de la doctrina de la soberanía, á saber: la confusión de la soberanía del órgano con la del Estado, y el acudir al contenido positivo del poder del Estado para rellenar con él el concepto negativo

(1) Sobre todo en los pueblos latinos. Véase, por ejemplo, la colección de definiciones publicadas por Combotheca, *La conception juridique de l'Etat*, 1899, págs. 92 y sigs., especialmente, la de Saint-Girons y Orlando, y además, Moreau, *Precis elementaire de droit constitutionnel*, 3.ª ed., 1897, pág. 9. «La souveraineté externe est l'affirmation de l'existence propre et autonome de l'Etat au regard des autres Etats; la souveraineté interne est l'affirmation de l'être collectif au regard des particuliers.»

(2) Véase mi obra *Lehre von den Staatenverbindungen*, páginas 16 y sigs.

(3) Preuss, *Gemeinde*, págs. 92 y sigs; Affolter, *Allg. Staatsrechts*, pág. 11; Kliemke, *Die Staatsrechtliche Natur und Stellung des Bundesrats*, 1894, pág. 28, núm. 2.

de la soberanía (1). Estos errores habrán de evitarse cuidadosamente, y de esta suerte iremos por el camino recto.

Finalmente, la convicción de que la soberanía no es una categoría absoluta, sino histórica, es un resultado de la mayor importancia para poder decidir la cuestión de si constituye ó no una nota esencial del Estado.

De estos resultados deben deducirse las siguientes doctrinas:

### a) El carácter formal de la soberanía.

La evolución histórica de la soberanía, nos demuestra que ésta significó la negación de toda subordinación ó limitación del Estado por cualquier otro poder. (Poder soberano de un Estado, es, por tanto, aquel que no reconoce ningún otro superior á sí; es, por consiguiente, el poder supremo é independiente.) Esta última nota se manifiesta predominantemente en su vida exterior; esto es, en la relación del Estado soberano con otros poderes, en tanto que la primera cualidad se echa de ver, singularmente, considerándolo en su vida interior, en su relación con las per-

(1) Rehm, *Staatslehre*, pág. 63, quiere mantener el uso de la palabra soberanía para expresar el poder del Estado como soberanía, en un sentido de Derecho Público, ó como la soberanía en lo interior. Mas esta opinión debe rechazarse. Nosotros, los alemanes tenemos la fortuna de unir á la expresión poder del Estado (*Staatsgewalt*) un concepto firme y seguro, mientras que los latinos é ingleses han de valerse para expresar esto mismo de la palabra obscura y dada á confusión de soberanía, y no hay la menor razón para imitarles á estos últimos. Para aumentar aún más la confusión, habla Haenel, *Staatsrecht*, I, página 114, de la función soberana de la legislación, con lo cual nos encontramos una cuarta clase de soberanía.

sonalidades que encierra dentro de sí. Ambas notas van inseparablemente enlazadas (1).

Pero la doctrina de la soberanía tiene una tercera nota derivada del carácter de la soberanía misma. Ella debe designar un poder ilimitado é ilimitable que habría de ser absoluto, ya que nadie podría limitarlo, ni aun siquiera ella misma. La autolimitación es, según la teoría del Derecho Natural (teoría que para muchos es la dominante en este punto), inseparable del carácter de la soberanía. Si hay, pues, limitaciones para el Estado, estas limitaciones serán siempre reales ó morales, pero jamás de naturaleza jurídica (2).

(1) Cuando se habla de soberanía de Derecho Internacional y soberanía de Derecho Público, lo que con esto se indica no son sino dos direcciones del poder soberano, que es uno en sí mismo. Véase mi *Lehre von der Staatenverbindungen*, págs. 22 y sigs. Coincide con mi parecer, Borel, *Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, 1886, pág. 30; Brunialti, *Unione e combinazione fra gli stati*, 1891, pág. xx; Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, 1896, pág. 444; v. Stengel, *Schmollers Jahrbuch*, 1898, págs. 769, 778, 785. Véase además Haenel, *Staatsrecht*, I, pág. 118; G. Meyer, pág. 22; Rehm, *Staatslehre*, págs. 63 y sigs., deduce de su concepción que la soberanía no es sino un poder territorial laico é independiente con un valor de derecho internacional al que se opone la soberanía de derecho público, ó sea el poder del Estado como concepto de derecho público; pero esta separación de los elementos históricos que siempre han ido unidos al concepto de la soberanía, la hace Rehm para favorecer su triada terminológica. ¿Cómo, por otra parte, comprender, según esta doctrina, la soberanía de derecho público de aquellos Estados que son á su vez soberanos desde el punto de vista del Derecho Internacional? Necesariamente soberanía se usa aquí como un superlativo, y, por tanto, debe distinguirse de la soberanía interior meramente relativa de los Estados no soberanos.

(2) Véase G. Meyer, ob. cit., pág. 22.

Para resolver este importante punto es preciso, ante todo, tener presente que la soberanía es un concepto jurídico, y que así ha sido considerado incluso por la escuela del Derecho Natural. La independencia del poder del Estado de toda otra actividad siempre se ha considerado como una independencia jurídica, pero no como una independencia real. También los absolutistas han considerado el poder absoluto del príncipe ó del monarca como un poder jurídico no limitable mediante leyes. De este modo hace nacer Hobbes, por obra del contrato que sirve de fundamento al Estado, el poder jurídico ilimitado del soberano, y de este modo somete Rousseau al individuo á la autoridad ilimitada creadora del Derecho, á *la volonté général*. El Derecho Natural consideraba superfluo demostrar que el Estado era un poder real; más bien creía que había que mostrar el fundamento jurídico y la legitimidad del poder existente.

Arguye, pues, desconocimiento de la evolución histórica de la doctrina de la soberanía el considerar al poder soberano como situado sobre el Derecho. Hay que revisar el carácter jurídico del concepto de la soberanía, pues la repulsa de que han sido objeto las construcciones del Derecho Natural hacen precisa una nueva fundamentación de aquel concepto, concorde con nuestras concepciones más depuradas del Derecho. Para el Derecho Natural era fácil la cualificación de la soberanía como algo jurídico, porque partía de la idea de un Derecho anterior al Estado. Mas la idea que tenemos nosotros del Derecho, según la cual la existencia de éste depende de la existencia de una organización que lo realice, plantea como uno de los problemas más difíciles de la doctrina general del Estado, el de saber si la organización que garantiza el Derecho está bajo éste ó sobre el mismo.

Á primera vista parece que no hay duda de que para el Estado soberano no puede haber limitación jurídica, si se prescinde de la esfera del Derecho Internacional que no tiene para

qué entrar ahora en consideración. Es aún hoy muy frecuente la creencia de que si el Estado jamás realiza todas sus posibilidades jurídicas, no por esto hay para él algo que le sea imposible jurídicamente.

Esta afirmación abstracta no se ha llevado nunca á su última consecuencia práctica. Si el Estado jurídicamente lo puede todo, podrá también suprimir el orden jurídico mismo, introducir la anarquía y hacerse á sí mismo imposible; y si un pensamiento de esta naturaleza ha de desecharse, se sigue de aquí que el Estado encuentra una limitación jurídica en la existencia de un orden determinado. (Puede, ciertamente, elegir el Estado la constitución que ha de tener, pero habrá de tener necesariamente alguna. La anarquía es una posibilidad en el terreno de los hechos, pero no una posibilidad en el reino del Derecho.)

La propia anarquía de hecho, sólo es posible como una situación transitoria. Los golpes de Estado y las revoluciones de la historia moderna jamás han anulado la totalidad de la situación jurídica, y la continuidad del Derecho no se ha roto mediante aquellos movimientos, sino en algunos puntos, siquiera sean muy importantes. Aun en las propias luchas de los más altos poderes políticos para dar una forma nueva á las relaciones de la autoridad, sólo se ha llegado á una limitación ó suspensión temporal de algunas partes concretas del orden jurídico, pero jamás de su total desaparición.

Es, pues, esencial al Estado el poseer un orden jurídico, con lo cual se niega, por tanto, la doctrina del poder absoluto é ilimitado del Estado. No se encuentra éste sobre el Derecho, de suerte que pueda librarse del Derecho mismo. Lo que depende de su poder, no es el saber *si* el orden jurídico debe existir, sino sólo el *cómo* ha de organizarse.

Hemos expuesto anteriormente la relación posible del Estado con el Derecho, desde el punto de vista de la psicología so-

cial y la realidad de esta relación. De lo que ahora hemos de tratar es de fundamentar jurídicamente esta relación (1).

Todo Derecho tiene este carácter, porque obliga, no sólo á los súbditos, sino también al poder del Estado. «Derecho en el pleno sentido de la palabra es, por consiguiente, la fuerza de las leyes uniendo bilateralmente; es el propio sometimiento del poder del Estado á las leyes que él mismo dictara» (2). Al promulgar el Estado una ley, no sólo obliga esta ley á los individuos, sino que también queda obligada jurídicamente la propia actividad del Estado al cumplimiento de esta norma. (El Estado, mediante la ley, requiere á las personas que le sirven como órganos para que hagan concordar su voluntad de tales con lo que la ley dicta, y como la voluntad del órgano (es voluntad del Estado, obligase éste á sí mismo al quedar obligados sus órganos. Él es una unidad; por esto el sometimiento de la administración y de los tribunales de justicia á la ley es un hecho que tiene lugar dentro de la unidad del poder del Estado. Este sometimiento no es de índole moral, sino de naturaleza jurídica: todas las garantías del Derecho Público conducen, en primer lugar, á asegurar el sometimiento del poder del Estado á las normas fijadas por él.)

Tal obligación formal es también posible con relación á la actividad creadora del Derecho (3). Esto se hace perfectamente claro cuando existen órganos distintos para las leyes simples y

(1) La fundamentación que ofrece Haenel, *Staatsrecht*, I, páginas 114 y sigs., del sometimiento del Estado al orden jurídico, no es de naturaleza jurídica. Al considerar el Derecho como aquel orden de fenómenos que son necesarios al Estado, no soluciona de ningún modo, la cuestión relativa á saber cómo esta necesidad objetiva conduce á un sometimiento subjetivo del Estado.

(2) Ihering, *Zweck im Recht*, I, pág. 358.

(3) Véase Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, págs. 261 y sigs.

para las leyes constitucionales, como sucede especialmente en los Estados Unidos, donde no sólo se ofrecen garantías para que las leyes ordinarias no rebasen sus límites y caigan en lo que es propio de las leyes constitucionales, sino que en muchos Estados se llega á prohibir durante un período determinado todo cambio en la Constitución (1). En último caso, no hay posibilidad jurídica alguna dentro de este plazo para poner en movimiento al legislador constitucional. Aun hoy existe un gran número de Estados particulares de la Unión, en los que se dificulta las modificaciones de la constitución mediante formalidades que hacen necesario el que transcurran varios años antes de que pueda alcanzar fuerza de ley una *amendment* (enmienda) (2); pero, entre tanto, no hay duda de que no existe una *legibus absoluta potestas* en lo que toca á la legislación.

Pero no sólo en lo interior, sino también en lo exterior, se

(1) Véase, por ejemplo, el cap. VI, art. 10 de la Constitución de 1780 de Massachusetts, en la que queda prohibida toda revisión antes de 1795; Poose, *The Federal and State constitutions*. Washington, 1877, I, pág. 972.

(2) En muchos Estados la *amendment* necesita pasar por dos legislaturas, y después ser sometida á votación popular. La duración de una legislatura es, por lo común, de dos años. La Constitución francesa de 3 de Septiembre de 1791, prohibía la revisión durante un cierto tiempo, y exigía para una revisión posterior, tít. VII, arts. 1.º á 5.º, la conformidad de tres legislaturas sucesivas y la revisión definitiva después, por una cuarta; de modo que eran precisos más de seis años para poner en vigor una modificación. La Constitución del Directorio exigía un plazo de nueve años para ser cambiada (art. 336). La Constitución griega de 16 de Noviembre de 1864 prohíbe la revisión total, y en un plazo de diez años, toda modificación parcial (artículo 107). Si son ó no convenientes estas prescripciones políticas, es ya otra cuestión. En todo caso, son posibles jurídicamente.

reconoce el Estado que vive en la comunidad internacional de los Estados, como obligado por el Derecho Internacional, sin que por ello se halle sometido á un poder superior. Si el derecho lo forman normas que parten de una autoridad exterior, que están garantidas por medios igualmente exteriores y que se refieren á las relaciones mutuas de las personas, entonces esta definición conviene perfectamente con el contenido del Derecho Internacional. Aun en éste, el Estado no está sometido jurídicamente, sino á su propia voluntad. Pero las garantías en el Derecho Internacional como en el Derecho Político, no descansan exclusivamente sobre la voluntad del Estado. Para que haya derecho, sólo es necesario que existan garantías que den validez á este derecho, pero no es preciso que estas procedan de la voluntad del Estado.

Este es el único camino posible para poder dar un fundamento jurídico al Derecho Internacional. No hay duda alguna de que no es el Estado particular el que está en condiciones de crear el contenido de las normas del Derecho Internacional; sino que este contenido se desenvuelve y afirma independientemente del Estado, como exigencias de las relaciones internacionales y como convicción y deseo de pueblos y estadistas. Todos los ensayos por hacer nacer la validez del Derecho Internacional de una fuente de Derecho que esté sobre los Estados, serán cuantas veces se intenten otros tantos fracasos (1). Desde el punto de vista formal, el Derecho no puede

(1) Triepel, ob. cit., pág. 76 y sigs., incurre en un error notorio al querer fundar el Derecho Internacional sobre la voluntad común resultante de la pluralidad de los Estados, pero superior á la de cada uno de éstos en particular; así como cuando pretende sustraerse á la doctrina de la auto-obligación del Estado. Toda voluntad una, necesita un titular igualmente individual de esta voluntad. Si la voluntad común es una voluntad

ser derivado sino de relaciones de voluntad; actos voluntarios convertidos en obligatorios por otros actos voluntarios. El Estado es miembro de la comunidad de los Estados, y si fuera la voluntad de ésta el Derecho, necesitaría ser ella una comunidad y poseer una voluntad que estuviese sobre los Estados particulares, con lo cual la antigua concepción de la *civitas maxima* no habría hecho sino tomar una nueva forma (1), y todo el proceso histórico que ha conducido al reconocimiento de la soberanía aparecería negado.

En la época en que se elaboró el concepto de la soberanía, sólo parecía posible una obligación si revestía la forma de ordenación de un superior á un subordinado. Las concepciones

una, necesita un sujeto igualmente uno, y en este caso no podrá distinguirse de la voluntad de una naturaleza común; con lo cual caemos en la *civitas maxima*, de la que no podemos sustraernos. Pero sí, por el contrario, la voluntad común, como afirma Triepel, no es sino la voluntad mutua declarada por los Estados, entonces es preciso concebir las voluntades particulares como formando parte de la voluntad común; con lo cual resulta que la voluntad particular es el fundamento formal último de la fuerza obligatoria de los principios del Derecho Internacional; no hay descubrimiento jurídico posible capaz de sustraerse á esta disyuntiva: ó el fundamento jurídico de una obligación está constituido por la voluntad propia ó por una voluntad extraña. Por tanto, ó la voluntad común de los Estados es la propia voluntad de cada uno de ellos, ó corresponde á una voluntad extraña á él, en cuyo caso, si ha de estar dotada de fuerza obligatoria para él, quiere decir que es voluntad de un superior. Si se rechaza la *civitas maxima* y se afirma que el Estado se obliga por propia voluntad, mediante el contrato ó la unión (*Verimbarung*), entonces nace de nuevo el problema fundamental: ¿Cómo puede una voluntad obligarse á sí misma?

(1) Á esta concepción conduce en la nueva literatura las investigaciones de Beling; *Die strafrechtliche Bedeutung der Extraterritorialität*, 1896, pág. 9 y sigs.

éticas dominantes revestían un carácter heterónomo; mas el progreso poderoso de que ha sido objeto el conocimiento ético desde Kant—cualquiera que sea la formulación de los principios éticos que los pensadores hayan hecho,—consiste en el reconocimiento de la moralidad autónoma como la forma más elevada del *ethos*. Cualquiera que sea el contenido de las obligaciones, sólo es plenamente moral la acción á la que nos sentimos nosotros mismos obligados en fuerza de nuestra naturaleza, no en virtud de una norma que ha sido puesta por otro. La autonomía de la razón la hallaban tan imposible los políticos y escritores de la escuela del Derecho Natural de la época anterior á Kant, como la auto-obligatoriedad del Estado respecto de sus leyes.

El concepto del deber es un concepto de unidad; el deber de Derecho y el deber moral, aunque se diferencian grandemente uno de otro, concuerdan en ser ambos deberes. Las modificaciones en las teorías ética de los deberes ha de conducir, por consiguiente, de un modo necesario á la modificación de los deberes jurídicos.

En el concepto de la auto-obligación del Estado no existe contradicción, como no existe en el de la autonomía moral. La auto-obligatoriedad es exigida por las convicciones jurídicas dominantes, con lo cual, junto al carácter subjetivo de todo criterio acerca del Derecho, existe también el carácter jurídico de la obligación que el Estado se impone á sí mismo.

Sólo sobre la base de este conocimiento, se hace posible deterrar del concepto de la soberanía la errónea concepción de su carácter ilimitable y transformarlo en un concepto jurídico que corresponda á nuestras actuales concepciones del Derecho. Únicamente esta transformación es capaz de suministrarle un contenido positivo y de sacarlo del círculo de las negaciones en que por tanto tiempo ha vivido. Soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo facultad de determinarse por

si mismo exclusivamente, y por tanto, la auto-limitación del poder del Estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere un carácter jurídico. Expresada en una fórmula breve significa, por tanto, la soberanía la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente á éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse á sí mismo (1).

La soberanía aparece, pues, para el Estado moderno con una doble dirección; en su origen, negativo; éste fué originariamente el único que se le reconoció y significa, la imposibilidad de limitar jurídicamente la propia voluntad, mediante un poder extraño, sea ó no este poder el de un Estado.

Las limitaciones de hecho del poder soberano del Estado son posibles sin duda, pero estas limitaciones no tendrán un carácter jurídico, por propia voluntad. Según el aspecto positivo, consiste la soberanía en la capacidad exclusiva que tiene el poder del Estado de darse, en virtud de su voluntad soberana, un contenido que la obligue, y en la de determinar en todas las direcciones su propio orden jurídico. Al decir que el poder soberano no tiene límites, se quiere indicar con ello que ningún otro poder puede impedir jurídicamente el modificar su propio orden jurídico.

(El poder soberano no es, pues, todo el poder del Estado; sino que es un poder jurídico, y, por consiguiente, está obligado res-

(1) Véanse sobre estas cuestiones mis publicaciones anteriores: *Lehre von der Staatenverbindungen*, pág. 30 y sigs., y *Gesetz und Verordnung*, pág. 196 y sigs. De la literatura moderna véase Le Fur, pág. 443: «La souveraineté est la qualité de l'Etat de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté dans les limites du principe supérieur du droit, et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser.»

pecto del Derecho) No tolera restricción jurídica alguna absoluta; puede el Estado sustraerse á toda limitación que se imponga á sí mismo pero sólo creando en forma de derecho nuevas limitaciones. Lo que hay, pues, de permanente, no son las limitaciones consideradas aisladamente, sino la limitación en sí misma; y así como no existe el Estado absolutamente limitado, tampoco existe jurídicamente el Estado soberano y absolutamente sin límites.

Esta nota de la soberanía es puramente formal, y no dice nada acerca del contenido de la limitación que el Estado se pone á sí mismo, ni respecto á cómo se van determinando estas limitaciones. Acerca de ello, no pueden explicarnos nada las concepciones formalistas del Derecho. Esta nota de la soberanía á que venimos refiriéndonos, considerada en su aspecto práctico, no significa sino un concepto jurídico auxiliar, mediante el cual nos es posible comprender los hechos jurídicos, así como, que todo lo querido en forma jurídica por el Estado, llega á alcanzar fuerza de Derecho. De ningún modo se quiere afirmar con esto que el poder del Estado sea por principio ilimitado é ilimitable.

El Derecho sólo indica en cada ocasión la situación actual del Estado, pero no queda dentro de su esfera el mostrar las posibles ampliaciones que pueda alcanzar la competencia de éste. De otra manera se llegaría al aniquilamiento de las personas que forman parte del Estado, porque la omnipotencia de éste sólo puede existir á costa de las libertades individuales. Si la soberanía hubiera de significar que todas las posibilidades de ampliar la competencia del Estado corresponden á la esfera actual del Estado, entonces todos seríamos esclavos de éste y sólo gozaríamos de un insignificante patrimonio de capacidad jurídica concedido por él á título de precario (1).

(1) Véase Seydel, *Der Bundesstaatsbegriff* en *Staatsrechtli-*

Esta era en efecto la concepción de los absolutistas, para quienes la misma propiedad sólo correspondía al individuo en cuanto así lo determinaba el Estado (1). La doctrina del príncipe absoluto fué traducida por Rousseau en la de la ilimitación de la voluntad popular (2). Mas la mera posibilidad abstracta de poseer un derecho de soberanía no ejerce el menor influjo sobre las personalidades que viven en el Estado, bien sean estas individuos ó asociaciones. Ellas tienen su derecho propio, que no poseen por una licencia ni por una gracia del Estado soberano, ni como algo que les hubiese sido delegado, sino en fuerza del reconocimiento de su carácter de titulares del mismo, esto es, como personas, la cual cualidad queda completamente fuera del círculo del poder real del Estado el poderécela sustraer.

Se necesita, pues, un acto como de ocupación, esto es, un acto que fundamente un nuevo derecho, siempre que el Estado trate de añadir á su competencia actual un nuevo dominio. La soberanía no otorga al Estado otros derechos posibles de soberanía que los que en un momento dado se ha atribuído realmente á sí mismo. La definición que hace soberanía equivalente—tenien-

*che und Politische Abhandlungen*, 1893, pág. 8, en que dice: «El propietario no tiene ningún derecho á la cosa, y el que es soberano no tiene ningún derecho de soberanía; pero en ambos casos le basta el mero poder. Es preciso que pueda ejercitar todas las facultades de que es susceptible, pero no es necesario que las ejercite»; con lo cual, toda la libertad individual queda reducida á una concesión graciosa del Estado. De igual modo piensa Herzfelder, *Gewalt und Recht*, 1890, pág. 139.

(1) Hobbes, *De cive*, VI, 14: «Non autem proprium jus habere quicquam, in quod non habeat jus ille qui habet summum imperium.»

(2) *Contrat social*, I, 9: «L'Etat á l'égard de ses membres, est maître de tous leurs biens par le contrat social, qui dans l'Etat sert de base á tous les droits.»

do en cuenta su competencia—á poder jurídico ilimitado del Estado (1), sólo contiene una representación auxiliar á fin de justificar la legalidad de los actos del Estado que se refieren á la ampliación de su competencia. El considerar, sin hacer salvedad alguna, soberanía y pleno poder jurídico sobre las cuestiones de competencia, equivalentes, es inexacto. La ampliación de la competencia del Estado encuentra siempre su límite en el reconocimiento de la personalidad individual. Mediante el reconocimiento del Derecho Internacional y en virtud de este reconocimiento mismo, obligase el Estado á actos que limitan su poder jurídico, sin que le sea posible desprenderse jurídicamente de tales obligaciones mediante una resolución tomada por sí; es más, aun en su vida interior, hay casos en que las modificaciones de la constitución no pueden alterar un principio jurídico que está en vigor. Así, por ejemplo, la ley francesa de 14 de Agosto de 1884, prohíbe que sea objeto de una proposición de revisión constitucional la forma de gobierno republicano (2). Este principio puede suprimirse por un acto de fuerza, pero no por un acto de derecho. Además, hay casos en que es tan indudable la imposibilidad política de cambiar el

(1) Representa esta opinión especialmente Haenel, *Studien*, I, pág. 149, y á ella se han unido muchos otros. Véanse las observaciones á esta doctrina en G. Meyer, pág. 20, núm. 12, en la que estoy yo incluido; sin embargo, en mi obra *Lehre von den Staatenverbindungen*, pág. 28, he consignado ya que la doctrina de Haenel la considero exacta si se hacen ciertas salvedades; salvedades que no son sino consecuencia de las propias observaciones del mismo Haenel en su ob. *Staatsrechts*, I, página 114 y sig. y 197.

(2) Artículo V. «La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision», Duguit-Monnier, pág. 338. Véase también Pierre, *Traité de droit politique, électoral, parlementaire*, 2.<sup>a</sup> edición, 1902, pág. 14 y sigs.; von

Derecho, que pueden ser incluidas en los que acabamos de mencionar; pues lo imposible de hecho, no puede nunca construirse como posible jurídicamente. En esta situación se encuentra, por ejemplo, la prohibición del *bill of attainder* en la Constitución de los Estados Unidos. Justamente en estos casos de imposibilidad política, es cuando se reconoce que el «poder jurídico acerca de la competencia» sólo tiene el valor de un concepto auxiliar.

B. Soberanía y poder del Estado.

Todos los intentos por llegar á precisar el contenido concreto de la soberanía nacen de la confusión entre el poder del Estado y aquella, y, por consiguiente, de una inversión de la situación real de las cosas. Las funciones de dominación llevadas á cabo por el Estado, funciones que varían con las situaciones históricas, son consideradas como consecuencias necesarias de la soberanía. Por el hecho de que el poder del Estado ejerce las funciones de legislación, justicia, derecho de gracia, nombramiento de funcionarios, acuñación de moneda, etc., se las concibe como parte esencial de la soberanía, siendo así que la investigación histórica prueba que estas funciones á menudo tienen un origen enteramente distinto, y no se demuestra que sólo correspondan al Estado.

(Del concepto de la soberanía que es de naturaleza puramente formal, no puede deducirse en modo alguno nada respecto al contenido del poder del Estado.) La situación de éste cambia con la historia, y todo contenido positivo del poder del mismo,

Herrnritt, *Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung*, 1901, pág. 5 y sigs., atribuye á esta disposición un valor precario á causa de lo débil de su garantía, pero nunca podrá negarse su carácter jurídico.

sólo puede fijarse en cada época y para cada Estado mediante una investigación histórica, aun cuando en cada época la situación de aquellos Estados que se encuentran en el mismo plano de cultura sea bastante aproximada y caiga dentro del mismo tipo. No hay duda de que el Estado posee siempre determinado orden de atribuciones; pero aun en el campo de estas atribuciones constantes varía sin cesar el modo y la extensión de la competencia del Estado. En el siglo XIX, singularmente, se han extendido las atribuciones de aquél de una manera extraordinaria. Todos los Tribunales han sido declarados Tribunales del Estado; se han eliminado los restos que quedaban del poder feudal de policía; la enseñanza se ha sometido á su dirección y alta inspección; la actividad administrativa de la Iglesia, en lo que respecta á la situación de las personas, se ha tomado por el Estado; la legislación del trabajo, los servicios de vacunación, de epizootia, policía de costas, patentes de invención, caminos de hierro, etc., forman todos ellos nuevos órdenes de la actividad administrativa del Estado. Sin embargo, la soberanía de éste no ha experimentado por ello modificación alguna, no ha aumentado en nada; y de otra parte, mediante el reconocimiento de la libertad individual, han desaparecido derechos de dominación que antes existían, sin que por esto tampoco haya sufrido mengua la soberanía.

Así, pues, del hecho de que un Estado no ejerza su actividad en determinadas direcciones y de que no posea determinados derechos de dominación, no se puede sacar consecuencia alguna respecto á la esencia de su poder. Qué actividad ha menester el poder del Estado para ser soberano, es una cuestión á la que no se puede contestar.

Por consiguiente, cuando en dos Estados unidos entre sí se atribuye cada cual á sí mismo sólo una determinada parte de la competencia, que hoy, por lo común, posee reunido el Estado unitario, no puede decirse por ello, en modo alguno, que exista

una división ni de la soberanía ni del poder del Estado; lo que existe aquí más bien son dos poderes de Estados separados, cuya competencia está limitada jurídicamente, sin que ambos reunidos representen el poder total del Estado. Mas esto nos conduce á la tercera cuestión que ha de ser aclarada, á saber: si la soberanía es una nota esencial al poder del Estado, y, por tanto, si Estado y Estado soberano son conceptos idénticos. X

C. *La soberanía no es nota esencial del poder del Estado.*

La doctrina del Derecho Natural afirmaba que el tipo normal de Estado era aquel cuyo poder poseyese la nota esencial de la soberanía. Y este tipo es considerado aun hoy por muchos, como el único que corresponde al Derecho (1). Es indudable que en el Estado existen grupos relativamente independientes

(1) Véase, por ejemplo, Seydel, principalmente, *Abhandlungen*, pág. 6; Zorn, I, pág. 63; Haenel, *Staatsrecht*, I, pags. 113, 798; Bornhak, ob. cit., pág. 9; Le Fur, pág. 354 y sigs.; Combothecra, págs. 155 y sigs.; Esmein, pág. 6. La literatura del Derecho Público en los Estados unitarios extranjeros, referente á la unidad del Estado, no tiene por lo común ocasión de comprobar si es realmente el dogma de la soberanía, esencial al concepto del Estado. Pero es interesante mostrar que en estos últimos tiempos se ha señalado como muy digna de hacerse notar en la doctrina del Derecho público, una corriente americana que se inclina á negar á los Estados particulares de la unión su carácter de Estados, á causa de la falta de soberanía. Se ha suscitado una polémica muy viva, si bien no muy profunda, contra mis afirmaciones. Véase Willoughby, págs. 246 y sigs., y también Burgess, en oposición contra Laband. (Véase la cita extensa de Willoughby, pág. 245.) Por el contrario, ha aceptado mi punto de vista W. Wilson, *An old Master and other Essays*, New-York, 1893, pág. 93 y sigs.

que ejercitan el imperio, pero la cuestión á discutir consiste en ver si la asociación que vive dentro de otra superior, y por tanto, subordinada á ella en una cierta medida, pero dotada no obstante de poder de mando, puede adquirir ó conservar, á pesar de esta subordinación, el carácter de Estado. Esta cuestión, aun cuando antigua, ha alcanzado modernamente grande importancia á causa de la fundación de los modernos Estados federales y de las teorías sobre los mismos. Bajo el influjo de las doctrinas que venían dominando y que consideraban necesario al Estado el concepto de la soberanía, aparece la teoría de la división de ésta en los Estados confederados. Partiendo otros de la indivisibilidad de la soberanía, ó bien han negado la posibilidad de la confederación de Estados, ó no han reconocido al Estado miembro de esta confederación el carácter de tal Estado, con lo cual han renunciado á comprender la singularidad de los ejemplos más importantes de Estados que ofrece la actualidad. Muchas de las consecuencias que se siguen de la negación de la posibilidad de Estados no soberanos se deben á los resultados misérrimos de una concepción abstracta de los conceptos de la jurisprudencia, concepción que desdena completamente la vida.

Esta debatida cuestión sólo puede alcanzar una solución definitiva, si se reconoce que la soberanía no es una categoría absoluta, sino una categoría histórica (1). La exposición de los orígenes de la soberanía muestra de un modo incontestable que Estados de otros tiempos, que hoy consideramos como soberanos, no tuvieron realmente este carácter de soberanos. En la

(1) Cuando Seidler impugna esto de un modo dialéctico, muestra con ello un dogmatismo antihistórico. (*Fur. Kriterium*, pág. 78.) El mismo Seidler no puede hacer coincidir completamente el Estado de la Edad Media con su concepto social del Estado. (Véase pág. 47.)

época en que la Iglesia instituía y deponía á los reyes, proclamaba la tregua de Dios, y sin consideración á los límites del Estado ejercitaba su derecho valiéndose de tribunales propios, constituía un poder superior al del Estado. Por floja que fuese la asociación formada por el sacro imperio romano, contenía, en sí, no obstante, Estados que aun cuando sólo fuese nominalmente, reconocían la superioridad del Emperador. En lo interior, el Estado encontraba una limitación insuperable en el derecho de los poderes subordinados, derechos que entorpecían la libertad de movimiento peculiar del Estado soberano. *El Estado de la Edad Media no era aún soberano*, pero era ya Estado. Los intentos de los escritores de la Iglesia, por considerar los Estados particulares como provincia del Imperio romano, no son sino expresiones muy comunes en esta época, que se servía de ideas antiguas, superadas ya, y las aplicaba, por lo común, de una manera confusa, á situaciones de su tiempo.

Pero aun prescindiendo de la limitación general del Estado en la vida del mundo medioeval, resulta imposible llegar á comprender, mediante el concepto de la soberanía, las relaciones del Estado de la Edad Media. Muchos Estados poderosos se encontraban en una relación de feudalidad con respecto á otros. Las ciudades que no niegan su sometimiento, se unen á su vez, no obstante, con otras para formar uniones vigorosas de carácter internacional. Las ciudades de la Hansa, ni unidas ni separadas son soberanas. Desde el punto de vista de la concepción moderna del Estado, parecen cumplir mejor los problemas que corresponden á una comunidad estatista, que los reinos que las comprenden. Pretender insertar la pluralidad de asociaciones autónomas del mundo medioeval dentro del concepto moderno de asociaciones municipales, sería trasladar de un modo contrario á la historia nuestras concepciones actuales á un mundo del Estado que existió sometido á condiciones completamente distintas.

Ni aun el mundo político existente en la época de Bodino y de sus discípulos, sería comprensible mediante el concepto de la soberanía. El propio Bodino necesita admitir diferentes modificaciones en la soberanía (1), y Loyseau, en su obra fundamental *Traité des seigneuries*, afirma igualmente la identidad de Estado y soberanía; pero necesita, sin embargo, reconocer la existencia de *princes subjects* con derechos de soberanía (2), y además, que la protección, el tributo y las relaciones feudales «rabaisent et diminuent le lustre de l'Etat souverain, qui sans doute n'est pas si pur, si souverain et si maiestatif (s'il faut ainsi dire) quand il est subject à ces charges» (3); Escritores posteriores de la escuela del Derecho Natural, que se han ocupado del mundo real de los Estados, han dado nombres distintos á los Estados no soberanos cuya existencia han afirmado (4). Los publicistas alemanes son, especialmente, los que han considerado en las últimas épocas del imperio el carácter estatista de los Estados particulares; pero tampoco á la literatura del Derecho internacional le es posible, con este concepto de soberanía, abarcar la totalidad de los sujetos jurídicos de la vida internacional, por lo cual se ve constreñida á formar una categoría especial de Estados sin soberanía, para los que, desde J. J. Moser, bajo el influjo de la doctrina de la soberanía personal y real (5), se viene usando, incluso en el lenguaje

(1) *De Rep.*, I, 9, pág. 169 y sigs.

(2) Esto no obstante, continúan siendo soberanos los príncipes que mandan en tales Estados; pág. 24.

(3) Ob. cit., pág. 31 y sigs.

(4) Véase *Lehre von der Staatenverbindungen*, pág. 38 y sigs. Gierke, *Althusius*, pág. 248 y sigs. (especialmente Nettelbladt).

(5) *Beytrage zu dem neuesten europ. Völkerrecht in Friedenszeiten*, I, pág. 596. Véase además Boghitchévitch, *Halbsouveränität*, 1903, pág. 104 y sigs. Rehm, *Staatslehre*, pág. 69, aun

diplomático, la expresión equívoca y llena de contradicciones de Estados semi-soberanos.

Por consiguiente, la soberanía no ha sido nota esencial ni de los Estados de la Edad Media ni de aquéllos de la época del florecimiento del dogma del Derecho Natural sobre la identidad entre Estado y poder soberano. Tampoco puede establecerse actualmente esta equivalencia, á causa de la situación real de los Estados. El mundo político contemporáneo nos presenta formaciones que cumplen el objetivo de la vida del Estado mediante organización y medios políticos propios, y esto no obstante, no son soberanos. Á estos hechos histórico-políticos han de referirse todas las concepciones científicas del Estado que quieran explicar la realidad; pero á ésta no se la debe desfigurar.

Hay, pues, dos géneros de Estados: soberanos y no soberanos; mas de aquí surge esta cuestión: ¿cuál es, de una parte, la nota que separa al Estado soberano del que no lo es; y de otra parte, ¿qué nota diferencia á éstos de la asociación no estatista que vive subordinada al Estado? Esta cuestión se contestará cuando se investigue la siguiente propiedad que tiene el poder del Estado: capacidad para organizarse por sí mismo y autonomía.

## II. Capacidad para organizarse por sí mismo y autonomía (1).

La nota esencial de un Estado es la existencia de un poder del mismo. Este poder no puede derivarse de otro ninguno,

cuando niega la divisibilidad de la soberanía entre Estados soberanos y no soberanos, quiere establecer una distinción cuantitativa, teniendo en cuenta el grado de sometimiento; pero no hay necesidad científica alguna de esa distinción.

(1) Sobre las diversas opiniones, véase la polémica de G. Meyer, pág. 9, n. 20, con cuya concepción fundamental es-

sino que tiene que proceder de sí mismo y según su propio derecho. El contenido de este poder de dominación es completamente indiferente para su existencia. Allí donde haya una

toy esencialmente de acuerdo. Acerca de lo que sigue, véase Jellinek, *Über Staatsfragmente* (Sonderabdruck aus der Festgabe der juristischen Facultät der Universität Heidelberg zur Feier des 70 geburtstage Seines Königlichen Hoheit des großherzogs Friedrich von Baden), 1896, pág. 12 y sigs. De la literatura moderna, Rosenberg en el *Arch. f. öff. Recht*, XIV, 1899, pág. 362 y sigs., y además *Hirths Annalen*, 1905, pág. 343, que coincide con mis anteriores observaciones en *Staatsfragmente*, pág. 12; Rehm, *Staatslehre*, pág. 28 y sigs., afirma, como lo había hecho ya Stöber, *Arch. f. öff. Recht*, I, pág. 638 y sigs., que la personalidad internacional es la única nota que diferencia al Estado del Municipio; pero la personalidad internacional es siempre la consecuencia y no el fundamento de la cualidad de Estado propia de una comunidad, por la cual es preciso poder mostrar una propiedad que la capacite para ser sujeto del Derecho Internacional, cualidad que no es otra que el poder de dominación que le corresponde originariamente. Rehm discute una objeción que había hecho ya Laband (I, pág. 70) á Stöber, pero no la refuta. Además, destruye su propia definición, puesto que construye Estados sin personalidad, por tanto, sin generalidad internacional. Seidler, *Fur. kriterium*, pág. 75, describe el Estado soberano como un sujeto superior, dotado de superioridad sobre el territorio, el personal y sus órganos; y al no soberano (pág. 86), como una corporación territorial en la que existe una unión dotada de una superioridad relativa sobre el territorio, sobre sus órganos y sobre las personas. Esta concepción no se diferencia de lo que aquí se sostiene, y sólo afirma el hecho, realmente evidente, de que el poder de dominación originario necesita manifestarse en los elementos esenciales del Estado. El concepto de lo relativo usado por Seidler es muy impreciso para que pueda conducirnos á una perfecta claridad; como Seidler opina Rosenberg, *Hirths Annalen*, 1904, pág. 279 y sigs.

comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme á un orden que le es propio, allí existe un Estado (1).

El poder del Estado se exterioriza, primero, mediante la existencia de un órgano independiente que provea á las exigencias de este poder. La nota primera, necesaria para distinguir el Estado de las asociaciones que no tienen este carácter, es la existencia de una organización propia y de una división del poder unida á esta organización. Siempre que una comunidad recibe su constitución de otro poder, de suerte que ésta no descansa en la voluntad de la comunidad, sino en la ley emanada de este poder, siempre que esto sucede, decimos, se tra-

(1) Véanse observaciones más detalladas acerca de esto en *Staatsfragmente*, pág. 11 y sigs. Esta solución, como después habremos de afirmar, es aplicable á los Estados actuales. Si es ó no posible, basándonos en las relaciones de la Edad Media, trazar una línea que separe abiertamente Estado y Municipio, es cuestión completamente indiferente para nuestro problema, porque no es posible lograr un concepto común de Derecho Público en que puedan caber fenómenos que están tan distantes de nuestra época. Quien pretenda comparar la horda ó la familia primitiva, la *polis* griega, las comunidades de las razas africanas y polinésicas, con la Edad Media germana y con los Estados civilizados actuales, no obtendría de estas comparaciones sino un concepto social de comunidad desprovisto de color y vacío de contenido, pero jamás una concepción jurídica concreta. La soberanía, por ejemplo, y la personalidad internacional, son conceptos que corresponden puramente á la época moderna, pero no pueden servir para construir el mundo de los Estados antiguos ni de la Edad Media. Lo propio ocurre con nuestras ideas acerca de la corporación; no son ideas aplicables á las comunidades de los pueblos salvajes actuales. Si se llega á generalizar la concepción dinámica de la naturaleza del Estado, desaparecerá un gran número de controversias, inútiles para el Derecho moderno.

ta de un miembro de un Estado. Así, pues, los Estados miembros del imperio alemán, son Estados, porque sólo ellos pueden organizarse basándose en una constitución que es fruto de su propia voluntad, constitución que es ley de ellos mismos, no ley del imperio. Igualmente las constituciones de los cantones suizos y las de los Estados particulares de la unión americana son tales constituciones de Estados, pues descansan exclusivamente en leyes propias y no en la voluntad del Estado federal. En las leyes del Estado federal pueden establecerse determinadas restricciones, en lo que respecta á las constituciones de los Estados miembros, por ejemplo, prohibición de otra forma de gobierno que no sea la republicana en los cantones suizos y en los Estados Unidos; pero no obstante, las constituciones continúan siendo exclusivamente leyes del Estado miembro. Incluso cuando una comunidad ha elaborado su constitución con la cooperación de Estados extranjeros, tiene el carácter de Estado; si es constitución, puede ser considerada *profuturo*, exclusivamente como un acto de voluntad originaria, de suerte que le es posible á la colectividad modificarla sin necesidad de autorización.

Cuando, por el contrario, una asociación con poder de dominación recibe su organización de un Estado extraño á ella como ley de este último, entonces la asociación primera no forma un Estado. Este es el caso de los municipios cuya constitución descansa en las leyes del Estado, leyes que sólo les conceden, á lo más, en cuestiones secundarias, un poder limitado para organizarse. Mediante este criterio, nos es posible comprender exactamente la naturaleza no estatista de entidades análogas á la del Estado. Por esto, Alsacia-Lorena no es un Estado, ya que su constitución descansa en las leyes del imperio alemán, y no hay una ley constitucional que Alsacia-Lorena se haya dado á sí misma. Por esto mismo, las colonias inglesas, provistas de Carta y dotadas de una extensa autonomía, tales como el Ca-

nadá, las colonias del Cabo y Australia, no forman Estados, porque sus constituciones están contenidas en leyes inglesas, en actos del Parlamento de la Gran Bretaña, las cuales, jurídicamente, pueden modificarse de nuevo por el Parlamento mismo, sin que á la colonia corresponda el derecho á colaborar en tales modificaciones constitucionales (1). Dentro de las limitaciones que les imponen las leyes inglesas, las colonias pueden organizarse libremente; pero al proceder á esta organización, se encuentran con que no poseen un *imperium* originario, sino prestado, del cual usan como las asociaciones municipales en los Estados centralizados. Cada uno de los reinos austriacos tiene una constitución particular que se ha considerado como ley fundamental del Estado, la cual ha sido dada por el emperador y no por el soberano de los países particulares, y sólo pueden cambiarse mediante la sanción imperial, por todo lo cual, les falta el carácter de Estados.

Por consiguiente, para caracterizar una nación como Estado, es menester que el órgano supremo que pone en movimiento la actividad de la asociación sea independiente; esto es, que no coincida jurídicamente con el órgano de otro Estado. La identidad de órgano lleva consigo necesariamente la identidad de los Estados (2). Cuando hay duda acerca de si una comunidad posee ó no el derecho propio de darse constitución, es necesario decidirse por la negativa del carácter estatista en tal co-

(1) De esta posibilidad jurídica no se hace hoy uso alguno, pero siempre tiene, en caso de conflicto, el Parlamento del reino, en su derecho, un arma que no es menos apreciable.

(2) Si Seidler, *Fur. Kriterium*, pág. 13, indica con esto la unión personal, obedece su afirmación á que padece una confusión, incomprensible en un jurista: la de estimar idéntico órgano y titular de un órgano. Véase el cap. XXI de esta misma obra.

munidad, á menos que pueda probar la comunidad, que posee un órgano superior, independiente, capaz de actuar con esta misma independencia. Si se afirmase que las colonias británicas, dentro de las limitaciones que le imponen las leyes dictadas por el Parlamento inglés, tienen un carácter estatista, se incurriría en un error, porque ninguna de estas colonias posee un órgano superior é independiente frente á frente de la corona de Inglaterra.

Esta característica que hemos señalado, nos permite decidir en casos extremos realmente difíciles. Así, por ejemplo, á Croacia, en relación con Hungría, y Finlandia, en relación con Rusia, les falta el carácter de Estados; porque el rey de Croacia, jurídicamente, es idéntico al de Hungría, y el príncipe de Finlandia es idéntico también al zar de Rusia. No se trata aquí de una unión real, sino de Estados unitarios (1).

La primera nota que ha de tener un poder de dominación independiente es, por tanto, que su organización descansa sobre leyes propias. Además, necesita poseer todas las funciones materiales y esenciales de un poder del Estado, lo cual á su vez es de nuevo consecuencia de la auto-organización del poder de mando (*Herrschergewalt*). Ante todo, cada Estado dispone, mediante sus leyes, del poder que le corresponde; pero también su función administrativa y su función de juzgar tienen como base su propia voluntad. A esta propiedad es á la que se le puede llamar autonomía, que no sólo consiste en la capacidad de darse leyes á sí mismo, sino en la de obrar conforme á ella y dentro de los límites que éstas imponen (2). De este modo se justifica la conclusión de que una comunidad sin leyes, gobier-

(1) Véase una exposición detallada de esto en Jellinek, *Staatsfragmente*, págs. 35-46.

(2) Véase Laband, I, pág. 99.

no, ni tribunales propios, no es un Estado. El que le faltase alguno de estos elementos, sería un signo suficiente para que no se le hiciese coincidir con el concepto Estado (1). Un Estado puede ser limitado dentro del círculo de sus funciones, así como en la competencia de sus órganos, sólo que necesitan existir todas aquéllas y todos éstos para que tenga verdadero carácter estatista. Por eso todo Estado no soberano ha de ser susceptible de organizarse bajo una determinada forma de Estado. Württemberg y Baden son monarquías; Hamburgo, Berna y Pensilvania son repúblicas; Alsacia-Lorena, por el contrario, no puede incluirse en ninguna de estas dos categorías fundamentales, porque no tiene ningún órgano superior de mando independiente y que sólo á ella corresponda (2); y tampoco

(1) Seidler, ob. cit., pág. 12, refuta esto, porque considera posible que en el Estado federal toda la función jurisdiccional corresponda al poder central; pero confunde la función formal de los tribunales con la material, propia de la jurisdiccional, la cual no se separa mecánicamente de la legislativa y administrativa. Además, hasta ahora no ha existido jamás un Estado sin jueces; y he aquí por qué es éste, para mí, uno de los casos en que la reflexión acerca de la realidad histórica ha moderado el libre vuelo de la especulación jurídica.

(2) Esto lo desconoce Seydel—*Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich*, 2.<sup>a</sup> ed., 1897, pág. 39—cuando afirma que Alsacia-Lorena es un Estado, y declara que el soberano de Alemania es el de Alsacia-Lorena. Del propio modo no son aceptables las observaciones de Leoni, *Das Verfassungsrecht von Elsass-Lothringen*, I, 1892, pág. 5 y sig., y Rosenberg, *Die Staatsrechtliche Stellung von Elsass-Lothringen*, 1896, pág. 8 y sigs. La afirmación de Leoni de que el *Kaiser* es el monarca revocable de la Alsacia-Lorena, denota un desconocimiento de la naturaleza de la monarquía. Modernamente, Rehm, ob. cit., pág. 65 y sigs., ha tratado de demostrar la naturaleza estatista de Alsacia-Lorena. En la página 78, distingue Rehm entre poder

pueden las colonias americanas que tienen constitución, ser consideradas como monarquías, ni atribuírseles el dictado de república á los territorios norteamericanos organizados.

Los Estados no soberanos de la actualidad poseen, además, un círculo de actividad independiente en todos los órdenes importantes de la administración del Estado. Pueden en distintas cuestiones establecer relaciones con otros Estados (1); tienen

del Estado en sentido objetivo y en sentido subjetivo. Un único poder del Estado, es susceptible de reunir en sí varios poderes objetivos del Estado de un modo análogo á como el propietario puede tener diversos derechos de propiedad; pero esto no es sino una analogía inadmisibile de Derecho Privado, que no puede aplicarse á las relaciones modernas de Derecho Público. Para atribuir á Alsacia-Lorena el carácter de Estado, es preciso que Rehm forme una categoría de Estados: la de los Estados-objetos (véase tomo I, pág. 209, n. 1), los cuales, dadas las concepciones fundamentales del Derecho Público contemporáneo, no son Estados.

(1) Los Estados particulares de la Unión norteamericana pueden establecer pactos entre sí (véase el art. I de la Constitución, sección 10, 3; Venezuela, art. 149; República Argentina, 107; Brasil, 65, 1); Méjico sólo permite pactos para la delimitación de territorios y para coaliciones entre Estados vecinos, con objeto de luchar contra las tribus salvajes. La mayor parte de estos Estados exigen para tales pactos, la autorización de órganos del Estado general, ó bien, como sucede en la Argentina, que se dé conocimiento al Congreso. Pero la naturaleza estatista de estos Estados particulares, sólo se pone en cuestión en cuanto estos pactos son objeto de juicio del Derecho Internacional. Sobre las disposiciones constitucionales que se refieren á este punto, véase Le Fur, pág. 688, nota. Su afirmación de que los contratos deben examinarse según el Derecho Político y no según el Derecho Internacional, es manifiestamente errónea. La práctica apenas si nos brinda en este punto elementos que consultar. En los Estados Unidos, al menos, no se

administración, justicia, hacienda y ejército propios, ó al menos ciertos derechos respecto del contingente que prestan al ejército de la Unión; pero esto no es de ningún modo necesario, ya que de la existencia ó falta de determinados derechos de mando no puede concluirse nunca si existe ó no un Estado.

Apoyándonos en las reflexiones que hemos hecho, deducimos que hay un criterio para diferenciar al Estado soberano de aquellas comunidades que no tienen un carácter estatista, á saber: que el primero, al desaparecer el Estado que le domina, adquiere, *ipso facto*, el carácter de Estado soberano. Sólo necesita, por consiguiente, ampliar la competencia de los órganos que tiene, mediante sus propias leyes, para ejercer, desde el punto de vista del Derecho Público, todas las funciones de un Estado soberano. En virtud de las variaciones en la Constitución, transfórmase un Estado jurídicamente dependiente en un Estado soberano. Algo análogo fué lo que aconteció en 1806, después de la disolución del imperio alemán, pues los derechos del poder imperial, que no habían pertenecido hasta entonces á los príncipes súbditos del imperio, eran otros tantos límites al poder de estos príncipes, han venido á acrecer el poder de los mismos ó han desaparecido por completo. Una comunidad que no hubiese sido Estado, habría necesitado primeramente, para constituirse en tal, acordar su forma futura de suerte que pudiera reconocérsele este carácter. Así, Bulgaria, no tuvo necesidad, una vez libertada de la dominación turca, sino de manifestar simplemente que habían quedado suprimidas las limitaciones que hasta entonces había tenido, conforme á su constitución, para que apareciese, en virtud del acrecentamiento

---

ha utilizado hasta ahora la cláusula que autoriza á los Estados particulares á pactar entre sí. Véase *Lehre von den Staatenverbindungen*, pág. 49.

to del poder reconocido por el Derecho Internacional, como un Estado soberano. En cambio, una parte de Estado ó una asociación completamente sometida á otro Estado en una situación análoga, habría necesitado, ante todo, para advenir Estado, organizarse como tal; de otra suerte, se hubiese considerado como una anarquía.

Los límites entre Estado soberano y no soberano son ya fáciles de señalar. La soberanía es la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente. De aquí que el Estado soberano es el único que puede, dentro de las limitaciones jurídicas que á sí mismo se haya puesto, ordenar, de una manera plenamente libre, el campo de su actividad. El Estado no soberano, por el contrario, se determina libremente sólo en tanto que la esfera en que lo hace es aquella en que obra como Estado. El determinarse ú obligarse por propia voluntad es, por tanto, la característica de todo poder autónomo de dominación. Por esto, el Estado no soberano ostenta un poder de Derecho sobre lo que es de su competencia (1), pero este poder tiene sus límites en el derecho de las comunidades superiores á él. De dos Estados unidos permanentemente, es no soberano, por tanto, aquel que no puede extender, por propias leyes, su competencia política, encontrando en el orden jurídico del otro Estado un límite para la ampliación de sus facultades;

(1) Es decir, sobre los límites de su imperio. Se diferencia pues, el poder jurídico del Estado sobre lo que es de competencia propia, del poder que tienen las comunidades no estatistas, en que, si bien les es dable á éstas cambiar la dirección del poder que les compete sobre determinados objetos, no podrían, en cambio, por sí mismas, ensanchar este poder. Las observaciones de Combothecra, ob. cit., pág. 106 y sigs., obedecen á una falsa comprensión del problema. Este autor quiere atribuir á todo individuo, lo mismo que al Estado, la facultad de determinarse por sí mismo.

y, es soberano, aquel Estado que, mediante sus leyes, puede sustraer á la competencia política del otro algunas cuestiones. Cuando la competencia de un Estado superior respecto de otro subordinado se halla fijada de una manera permanente, como ocurría á Turquía con Bulgaria, entonces una limitación de competencia de esta naturaleza sólo puede ser garantida contra un tercero mediante obligaciones de Derecho Internacional. Si Turquía no podía extender su competencia respecto á Bulgaria, ni ésta respecto de aquélla, era á causa del pacto de Berlín, que no permitía que pudiera cambiarse por acuerdo de una sola de las partes. Allí donde faltan garantías de Derecho Internacional y se trata, sin embargo, de relaciones de Derecho Público de esta condición, puede el Estado superior limitar por sus propias leyes la esfera del sometido, como ha tenido lugar en las relaciones de la Puerta con Egipto (1).

#### III. Indivisibilidad del poder del Estado.

El fundamento de la concepción jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como de una unidad; de donde se sigue, como consecuencia necesaria, la doctrina de la indivisibilidad del poder del Estado. Un poder dividido, supone el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas.

Lo que se dice respecto del poder del Estado, vale también, como es natural, para cuanto se refiere al poder soberano del mismo. La soberanía es una propiedad que no es susceptible ni de aumento ni de disminución. Es lógicamente un superlativo que no puede dividirse, sino que sólo tolera junto á sí otros poderes del mismo género. Por esto pueden existir varios Es-

(1) Véase *Lehre von den Staatenverbindungen*, pág. 151.

tados soberanos, pero no pueden ser titulares del mismo poder de un Estado. He aquí por qué no hay ninguna soberanía dividida, fragmentaria, disminuída, limitada, relativa (1).

Esta reflexión abstracta, al igual de otros muchos principios de la doctrina del Derecho Público, es el resultado de una larga experiencia política; la teoría sólo ha hecho formular y justificar de una manera sistemática *a posteriori*, lo que la realidad histórica nos ha enseñado de cien maneras.

La doctrina de la divisibilidad del poder del Estado ha sido expuesta dos veces en vista de los fines políticos. La primera, para fundamentar el Estado constitucional; la segunda, para construir el Estado federal. Aquélla, es una teoría nacional determinada por su origen á crear un tipo ideal de Estado; ésta, indica un primer ensayo para comprender una nueva formación política, que no era posible cupiese en las antiguas categorías.

Ambas doctrinas descansan en la vieja confusión de los conceptos poder del Estado y soberanía. En verdad, de lo que se trata con este problema, es de saber si el poder del Estado, considerado como contenido de la soberanía, es ó no divisible.

La primera teoría se mueve en el campo de aquel orden de ideas en que aparecen identificadas la soberanía del Estado y la soberanía del órgano. La segunda, por el contrario, parte de la doctrina moderna de la soberanía, la cual, de un modo más consecuente, atribuye la soberanía exclusivamente al poder del Estado.

(1) De entre la literatura moderna, véase acerca de esta cuestión Le Fur, pág. 477 y sigs.; Rehm, *Staatslehre*, pág. 63 y siguientes. Von Stengel, *Schmollers Jahrbuch*, 1898, pág. 785, construye una soberanía relativa al dar una forma nueva á la equivalencia entre poder del Estado y soberanía. Véase también las acertadas observaciones de G. Meyer, pág. 6, n. 6.

1.—*La doctrina de la división de los poderes.*

La doctrina del Derecho Natural había dicho que un órgano—príncipe, cuerpo aristocrático ó asamblea popular—necesita ser el titular, por derecho propio, de la soberanía plena. Admitir como posible una división de la soberanía entre varios miembros del Estado, lo considera Hobbes como una doctrina revolucionaria que conduce á la disolución del mismo (1). La consecuencia lógica del concepto del Estado era, según la escuela del Derecho Natural, la concentración de todo el poder de aquél en una sola voluntad, bien se trate de una persona física ó de un *corpus*. Principalmente ha servido como prueba, á que ha recurrido esta doctrina, la antigua analogía entre el Estado y el hombre. Así como el alma es indivisible, lo es la soberanía, que sin duda alguna posee diferentes facultades no divisibles en partes (2).

La consecuencia práctica de esta doctrina va contra el dualismo del Estado, al cual era necesario superar. Con la aniquilación del poder de los brazos ó *estados*, de la libertad municipal, en una palabra, de la independencia de los señores, queda justificada la ruina de todos los poderes que frente á los del Estado conservaban algún derecho. El sometimiento incondicional de los individuos á la voluntad general, la cual no reconoce ningún derecho particular frente á sus decisiones soberanas, es la tendencia de la doctrina de Rousseau, con el cual ha cambiado el nombre de señor absoluto, pero no la esencia.

Las relaciones políticas del continente no daban ocasión para

(1) *De cive*, XII, 5.

(2) Véase Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen*, página 26, n. 33.

hacer una oposición fuerte á esta doctrina, y á causa de ello halló acogida en Inglaterra, sólo con algunas modificaciones. La teoría constitucional inglesa pone el centro de gravedad de los poderes del Estado en manos del pueblo. Esto no obstante, según Locke, también el rey *in a very tolerable sense* se designa como el poder más alto (1), si bien el poder más elevado es el legislativo. La doctrina inglesa oficial, por el contrario, según la expresión clásica, que ha recibido de Blackstone (2), concibe al rey y ambas Cámaras como formando el Parlamento, al cual se atribuye el poder supremo. Sin embargo, se designa al rey, únicamente, como el titular de la soberanía (3).

Montesquieu transforma esta concepción oficial inglesa en su doctrina de tres poderes independientes, iguales entre sí, que se equilibran mutuamente y que mantienen, no obstante, puntos de contacto entre sí (4). Él no fundamenta su teoría, ni aclara,

(1) Ob. cit., II, 151.

(2) Ob. cit., I, 2, pág. 139.

(3) Esto se debe á la concepción que iguala al Parlamento con el *King in Parliament*. Por esto reconocen y distinguen los escritores ingleses en el rey una doble cualidad: la de persona y la de institución. Así, por ejemplo, Allen, *Inquiry into the rise and growth of the royal Prerogative in England*, nueva edición, 1849, pág. 26 y sigs., pudo decir del rey parlamentario: «He really does nothing, but he nominally does everything.» (Realmente no hace nada; nominalmente lo hace todo.)

(4) Rehm, *Staatslehre*, págs. 236, 286, pretende hacer de Montesquieu el representante de una doctrina que exige la dependencia del poder ejecutivo del legislativo, por el hecho de que anualmente necesite del poder legislativo la concesión de los impuestos; de no ser así, no dependería el poder ejecutivo del legislativo (ne dépendra plus d'elle). Este *dépendre* no es otra cosa que el correlativo del veto del ejecutivo, así como de su derecho á reunir y disolver las asambleas legis-

en general, la cuestión acerca de la unidad del Estado y de la relación de los poderes con esta unidad.

La doctrina de la división de los poderes, concebida en esta forma, ha conducido á una completa división teórica del Estado en tres personas. Kant lo ha expresado de esta suerte, de una manera rotunda, al designar á los tres poderes del Estado como «otras tantas personas morales», las cuales deben completarse mutuamente y subordinarse unas á otras (1).

Tan pronto como se quiere trasladar esta doctrina á la realidad, surgen dificultades prácticas y doctrinales. Las primeras nacen de las necesidades de la política, las cuales no pueden jamás ser enteramente dominadas por una fórmula abstracta. Es muy fecunda en enseñanza á este respecto la actitud de la constituyente francesa, que en la declaración de los derechos del hombre proclama el principio de la división de los poderes, y después, á pesar de todos sus doctrinarismos, no lleva aquella doctrina á sus últimas consecuencias, sino que más bien hace del órgano legislativo un órgano tal que en él vienen á unirse todos los demás poderes. Teóricamente, la concepción democrática que sirve de base á la doctrina de la soberanía popular

lativas, por lo cual de nuevo el legislativo depende del ejecutivo. «Il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir.» Ha de comprenderse aquel *dependre* partiendo de este punto central de la doctrina de Montesquieu. Al menos así ha sido interpretado hasta ahora Montesquieu, y así es como ha influido en la historia. Sobre otro error de Rehm acerca de la doctrina de Montesquieu, error que no ha advertido R. Schmidt. Véase Jellinek, *Eine neue Theorie über die Lehre Montesquieus von den Staatsgewalten*, *Gründhuts Zeitschrift*, XXX, 1902, página 1 y sigs.)

(1) *Rechtslehre*, §§ 45, 48. Sobre los continuadores de la doctrina de Kant, véase Mohl, *Geschichte und Lit.*, I, pág. 273.

no consiente á la división de los poderes jugar otro papel que el de un principio secundario (1).

Cuando los americanos, que fueron los primeros en declarar como principio constitucional la separación de los poderes, determinaron según su Constitución la existencia de Estados miembros y el Estado de la unión (2), era para ellos evidente

(1) Véase el estudio fundamental de Duguit, *La séparation des pouvoirs et l'assemblée nationale de 1789*, 1893, pág. 19. Acerca de la subordinación del poder judicial al legislativo, véase la misma obra, págs. 90 y sigs., y más adelante el acertado juicio general que se emite sobre los autores de la Constitución, página 116. «Ils déclarent les trois pouvoirs égaux et indépendants et ils subordonnent au pouvoir législatif, l'exécutif et le judiciaire.» La primera Constitución francesa no debe ser considerada (y así lo demuestran las investigaciones de Duguit) como proponiéndose la separación absoluta de los poderes, según ha creído Rehm, *Staatslehre*, pág. 288.

(2) Á pesar de haber proclamado los americanos el dogma de la división de poderes, jamás han pensado en establecer un órgano independiente para cada uno de los tres poderes. En el número XLVII del *Federalist* desenvuelve Madison la siguiente doctrina, de la cual de ningún modo participó Montesquieu: «His meaning, as his own words import, and still more conclusively as illustrated by the example in his eye, can amount to no more than this, that where the whole power of another department is exercised by the same hands which possess the whole power of another department, the fundamental principles of a free Constitution are subverted», pág. 272 de la edición de 1826. (Su significación, como lo denotan sus propias palabras y, aun de un modo más concluyente, el ejemplo que ante él se ofrecía, no puede conducir sino á esto: que cuando el poder de un departamento está ejercido por las mismas manos que poseen todo el poder de otro departamento, queda subvertido el principio fundamental de una Constitución libre.) Después prueba que la Constitución americana no excluye en modo al-

que todos los poderes originariamente pertenecían al pueblo, quien por medio de la Constitución los atribuye á órganos particulares para que lo representen. Como punto de vista de unificación de todos los poderes, se reconoce en el preámbulo de la Constitución americana al pueblo. Los poderes individuales, estrictamente delimitados, están concedidos (*granted*) ó reservados (*vested*), esto es, concedidos á los órganos designados, conforme á la Constitución; de suerte que, según la teoría oficial, el pueblo reúne en sí todos los poderes y puede disponer de nuevo de ellos mediante un cambio de Constitución. La primera de las francesas, por una contradicción explicable dado el espíritu de aquella época, declara, al propio tiempo que enuncia, el principio, entonces admitido, de la división de los poderes (1): «La souveraineté est une, indivisible, inalienable et imprescriptible. Elle appartient à la nation: aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice» (2). Para dar solución á esta contradicción desenvuelve posteriormente Sieyès su doctrina del *pouvoir constituant*, que habría de corresponder al pueblo de un modo inalienable, y al que se oponen los poderes particulares como *pouvoirs constitués*. La unidad originaria de los poderes se ha-

guno á los poderes particulares de las funciones de los demás poderes, y que lo mismo acontece en las Constituciones de los Estados particulares. El principio de la absoluta separación de los poderes, que considera Rehm, *Staatslehre*, págs. 288 y sigs., como el fundamento de la Constitución americana, está expresamente, como se ha visto, negado por el «padre de la Constitución», y hay muchas desviaciones en ella de la férrea concepción doctrinaria de la división de los poderes, á las cuales Rehm considera como negaciones de la idea fundamental, pero que, muy al contrario, han sido dadas con plena conciencia de su fin.

(1) *Declaration des droits de l'homme et des citoyens*, art. 16.

(2) Const. del 3 Sept. 1791, título III, art. 1.º

bría de mostrar con motivo del ejercicio del derecho á modificar la Constitución (1).

Las posteriores Constituciones de los Estados, aun cuando todas hayan aceptado, hasta cierto límite, el principio de la división de los poderes, admiten un punto de unión en los mismos, á saber: el monarca, en los Estados en que el principio monárquico es el que rige; el pueblo, en los restantes. En ambos casos, significa esto el reconocimiento expreso de la unidad del Estado mediante una fórmula que sólo puede ser comprendida si se la considera desde el punto de vista de la evolución de la doctrina de la soberanía. No hay, por tanto, Constitución alguna que haya llevado á su última consecuencia, ni aun siquiera pretendido, el reconocimiento de las tres personas en el sentido en que Kant hablaba de ellas. La nueva teoría constitucional que se apoya en las doctrinas de B. Constant y de la Carta, se opone á la separación estricta de los poderes en su aspecto subjetivo, por considerar imposible, de este modo, todo régimen parlamentario (2).

Para el conocimiento de la unidad de la naturaleza del Estado no existe esta cuestión, que es tan importante cuando se trata de la Historia y la Política. Cada órgano de aquél representa, dentro de sus límites, el poder del Estado. Es posible, pues, hablar de una división de competencia, pero no de una división de poderes (3). En la variedad de sus órganos no existe, por

(1) *Politische Schriften* (traducción alemana, 1796, I, página 147; II, pág. 421).

(2) Véase Constant, I, pág. 219; Jellinek, *Die Entwicklung des Ministerium in der konst. Monarchie*, *Grünhuts Zeitschrift*, X, 1883, págs. 340 y sigs.

(3) Así opina también O. Mayer, *Deutsche Verwaltungsrecht*, págs. 77 y sigs., que admite la división de los poderes. Pero cuando él dice que los poderes no son meramente funciones,

tanto, sino un solo poder del Estado. En otro lugar examinaremos la significación de la teoría de la división de los poderes para la doctrina de las funciones del Estado.

2.—*La división del poder del Estado (de la soberanía) en el Estado confederado.*

(Bajo el influjo de Tocqueville se ha extendido una doctrina, acerca de la división de la soberanía, que se propone explicar el Estado federal, esto es, la división del poder del Estado entre los Estados miembros de la federación y el Estado federal (1). Aun cuando en la ciencia moderna del Derecho Público ha sido combatida con energía, no ha desaparecido aún completamente. Reaparece en la doctrina del imperio alemán, unas veces afirmando la doble soberanía del imperio y del Estado miembro, y otras, atribuyendo una soberanía limitada, relativa, fragmentaria y disminuída, ya al Estado miembro, ya al imperio.

En tanto que esta doctrina confunde soberanía y poder del Estado, se encuentra refutada por las observaciones anteriores, y solamente entre los que rechazan la división de la soberanía se admite una división del poder del Estado. Al afirmar la divisibilidad de éste, sólo se debe pretender expresar que el poder del Estado no soberano tiene un contenido limitado. Contra esta doctrina es dable objetar únicamente, que su fórmula puede dar ocasión á falsas y graves interpretaciones.

Por lo común, la doctrina del poder limitado del Estado con-

sino trozos vivos del mismo poder del Estado (págs. 68, 69, n. 3), no puedo yo formarme claramente, con esto, una idea.

(1) Esta doctrina ha sido desenvuelta, principalmente, por Waitz, ob. cit., págs. 162 y sigs., por lo cual en la literatura alemana se conoce esta teoría con el nombre de doctrina de Waitz.

cebida del modo que se ha expuesto, implica, tanto la limitación del poder del Estado miembro, cuanto de la confederación; por lo cual en el Estado confederado existen dos poderes fragmentarios ó imperfectos, que representan reunidos un poder del Estado que abarca toda la competencia del mismo (1).

Una concepción de este género está en contradicción con la naturaleza del poder del Estado; porque el poder de un Estado determinado, necesita ser siempre atribuído á él mismo. La personalidad es individuo, esto es, algo indivisible por su naturaleza. Esto vale para todas las personas físicas, jurídicas, soberanas y no soberanas (2).

(La concepción de la división del poder del Estado, procede de la competencia general en los Estados unitarios actuales. Como en los federales esta competencia está dividida entre dos Estados, parece á primera vista que está el mismo poder estatista repartido entre ambos; lo que induce al error de creer, juzgando por la existencia de tal poder, que hay un contenido necesario de su competencia, siendo así que hemos demostrado antes que compete al poder soberano del Estado el determinar hasta dónde se ha de extender en aquélla. Durante largo tiempo no ha sido objeto de la administración del Estado la enseñanza; en Inglaterra ha atendido á ella recientemente. Así, pues, un Estado cuya administración no se ocupe de la enseñanza, tiene un valor político que no por eso es fragmen-

(1) Haenel, *Studien*, I, págs. 63 y sigs.; *Staatsrecht*, I, página 206; Bornhak, ob. cit., pág. 246; O. Mayer, *Deutsche Verw. Recht*, II, pág. 462; Gierke, *Schmollers Jahrbuch*, 1883, págs. 1.157 y sigs.; *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 674, núm. 51; Mode, *Döppelsouveränität im Deutschen Reiche*, 1900, págs. 38 y sigs.

(2) Véase una crítica acertada de esta doctrina en Laband, I, págs. 74 y sigs.; G. Meyer, pág. 45, núm. 6; Rehm, *Staatslehre*, págs. 120 y sigs.

tario. El imperio alemán sólo de un modo excepcional ejerce esta función administrativa, conferida casi exclusivamente á los Estados miembros. No puede decirse que esta administración de la enseñanza pertenezca por su propia naturaleza al poder unitario formado por el del imperio y el de los Estados miembros, sino que, salvo excepciones, corresponde á los poderes del Estado miembro. Lo mismo sucede con la administración de Marina, que sólo corresponde al poder del imperio, y no á otro que expresase únicamente su existencia en poderes fragmentarios.

(Entre el Estado federal y el Estado miembro, no se halla repartida ni la soberanía ni el poder del Estado. Están, sí, repartidos los objetos á que se dirige la actividad estatista, pero no la actividad subjetiva que á estos objetos se refiere.

El Estado miembro no tiene tampoco un poder estatista fragmentario; más bien los que están limitados son los objetos á que puede referirse su actividad, conforme á la Constitución. Un poder fragmentario del Estado existirá allí donde la función de autoridad no puede manifestarse completamente, por ejemplo: en el caso en que una asociación tuviese el derecho de legislar sobre determinadas cuestiones, y el gobierno, conforme á estas leyes, no perteneciese á sus propios órganos, sino á los de un Estado superior á ella. Los Estados miembros tienen todos los órganos necesarios á un Estado, y ejercen todas las funciones materiales del mismo. Si estuvieran limitados en este sentido, dejarían de ser Estados y adquirirían el carácter de meras asociaciones, cuyo poder no tiene el carácter de poder estatista.)

Con esto queda terminada la doctrina de las propiedades esenciales del poder del Estado. Lo que aún hayamos de encontrar aquí y allí á este respecto, no son sino descripciones de los

caracteres del Estado que ya hemos explicado. Así, ejemplo, su irresponsabilidad, su carácter irresistible, la eticidad del poder del Estado, notas todas que la teoría del Derecho natural consideraba como atributos particulares del poder estatista, no son otra cosa que distintos nombres para expresar la soberanía del poder de aquél, los cuales, además, suscitan muchas dificultades. Por ejemplo, la concepción de la irresponsabilidad del poder soberano del Estado, apenas si puede compaginarse con el orden actual del Derecho Internacional, aun cuando á tal poder no pueda exigírsele responsabilidad por el procedimiento jurídico ordinario.

tario. El  
esta fu  
Est



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE

## CAPÍTULO QUINCE

### La Constitución del Estado (1).

Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación ó estatuto de esta naturaleza, es lo que se llama una Constitución.

Todo Estado, pues, necesariamente ha menester de una Constitución. Un Estado que no la tuviera, sería una anarquía. El propio Estado arbitrario, en el antiguo sentido, tiene necesidad de ella, tanto cuando se trata de un Estado despótico, como cuando se trata de un comité de salvación pública de índole democrática, del tipo francés de 1793. Es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado para tener el *minimum* de Constitución preciso para la existencia del

(1) Para la historia de las Constituciones, véase Borgeaud, *Etablissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, 1893; del mismo, en la Memoria antes citada y aparecida en inglés con el título: *The Rise of Modern Democracy in Old and New England*; Esmein, *Droit constit.*, págs. 404 y sigs.; Foster, *Commentaries on the Constitution of the United States*, I, 1896, págs. 27 y sigs.; Jellinek, *Erkl. der Menschen und Bürgerrechte*; del mismo, *Das Recht der Minoritäten*, 1898, págs. 7 y sigs.

propio Estado; mas por lo común, en los pueblos cultos existe un orden jurídico reconocido en principios de Derecho.

La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.

I. Ojeada sobre la historia de las Constituciones.

1. El concepto de la Constitución, en el sentido que le hemos asignado, fué ya fijado por los griegos. Aristóteles distingue entre πολιτεία, que era el fundamento del Estado, y las leyes simples, νόμοι, que tienen por base esta Constitución. Esta la define Aristóteles como ordenación de los poderes en el Estado. Ella es la que determina cómo se ha de dividir, cuál sea el sitio en que haya de residir el poder supremo y qué fines de la comunidad le han de estar encomendados. Las leyes, por el contrario, son las disposiciones dadas en vista de la Constitución, según las cuales se han de ejercitar por las autoridades las funciones y se han de impedir las transgresiones (1). Conforme á su principio fundamental de que en la forma reside lo esencial de la cosa, considera la Constitución como la esencia del Estado, por lo cual la identidad de éste ha de descansar, en primer lugar, en la identidad de aquélla.

También los romanos distinguen con grande agudeza entre Constitución del Estado y disposiciones legislativas particulares, por grande que pueda ser la significación de éstas para la co-

(1) Πολιτεία μὲν γὰρ ἐστὶ τάξις τῆς πόλεως ἢ περὶ τὰς ἀρχάς, τίνα τρόπον νεύονται, καὶ τί τὸ κύριον τῆς πολιτείας καὶ τί τὸ τέλος ἐκάστοις τῆς κοινωρίας ἐστίν. νόμοι δὲ κεχωρισμένοι τῶν δηλούντων τὴν πολιτείαν, καθ' οὓς δεῖ τοὺς ἀρχοντας ἀρχεῖν καὶ φυλάττειν τοὺς παραβαίνοντας αὐτούς. Pol. IV, 1289 a, 16 s.

munidad. Para referirse á la Constitución, tienen ellos la expresión técnica *rem publicam constituere*. El poder de modificar la Constitución ha sido atribuído, en los momentos culminantes de la historia romana, á magistrados extraordinarios con poder constituyente, los cuales reunían en sí de hecho el poder ilimitado de la comunidad (1).

Estas relaciones antiguas han llegado á ser de grande importancia para las concepciones modernas de la naturaleza de la Constitución del Estado. Sobre ellas se basan las ideas acerca del valor que tienen los principios constitucionales del Estado frente á las instituciones que se han desenvuelto ya de acuerdo con estos principios. Esta idea existe, incluso en aquellas naciones que no establecen una oposición desde el punto de vista formal jurídico entre las leyes sencillas y las leyes constitucionales. El concepto de Constitución ha sido reconocido en la antigüedad primeramente en su sentido material. Sobre el conocimiento y reconocimiento de las relaciones romanas descansa la idea de un poder constitucional ilimitado, poder que exclusivamente compete á la colectividad soberana de los ciudadanos, y que ha de ser ejercitado por ésta libremente. Esta idea fué divulgada por la escuela del Derecho Natural, especialmente por Puffendorf (2), Locke (3) y Wolff (4), y halla

(1) Véase Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrechts*, 1893, pág. 88. De esta expresión *rem publicam constituere* procede el vocablo *constitución*, tan comúnmente usado desde el siglo xviii para expresar constitución política.

(2) *De jure naturae et gentium*, VII, 2, § 8. Lo que en primer lugar llevan á cabo los fundadores del Estado, es el *pactum unionis*, y más tarde el pueblo, así formado, publica el decreto sobre la forma *regiminis*.

(3) *Op. cit.*, II, 8, 95 y sigs.

(4) *Jus naturae*, VIII, § 815. *Potestatis legislativae non subsunt leges fundamentales*.

su aplicación práctica, por vez primera, en los Estados Unidos, y después en la Revolución francesa, al propio tiempo que su expresión teórica en la doctrina del *pouvoir constituant*, en el cual tienen todos los poderes del Estado su punto de arranque. Los efectos de esta doctrina se dejan sentir aún en la actualidad.

Mas, por frecuente que fuera en los antiguos la concepción de una Constitución, no es común la exigencia de considerarla como un instrumento al cual debiera atribuirse un valor superior al de las restantes leyes. Como todas las demás, así también algunas leyes constitucionales particulares han sido objeto de redacción. Pero en ninguna parte se ha llegado á redactar un documento formal sobre los fundamentos de la organización del Estado.

La redacción del Derecho de una comunidad comienza á ser necesaria cuando este Derecho es ó concedido ó confirmado por un poder exterior. Por esto hallamos ya en Roma, transcrito en las *leges datae*, la autonomía que concedía el Estado dominante á las comunidades sometidas. En la Edad Media se escribe el derecho de las ciudades, corporaciones, iglesias y señores, porque era una concesión que les hacía una autoridad superior á ellas. Escribir los derechos que uno tiene con respecto á sí mismo, carece de sentido; el hecho de escribirlos supone más bien, uno que lo concede y otro que lo recibe. El ejemplo, citado tan á menudo, de las leyes constitucionales de la Edad Media, considerado más de cerca, no es sino una cuestión jurídica suscitada entre dos personas independientes una de otra, y á esta relación le es más propio el carácter de contrato que el de ley; en lo cual se pone de manifiesto, de una manera muy expresiva, el dualismo jurídico del Estado de la Edad Media. Por esto se consignaban por escrito. Las leyes sólo muy rara vez se promulgaban en dicha época; pero los contratos necesitaban ser escritos *in perpetuam rei memoriam*.

Ambas concepciones influyen en el origen de las constituciones modernas: redacción de los derechos de los súbditos con relación al señor que está sobre ellos, y contrato entre el príncipe y el país. Según las concepciones populares, están aquí mezclados de una manera peculiar el acto jurídico unilateral y bilateral.

2. Ante todo, hemos de estudiar los orígenes del concepto moderno de Constitución, de la Constitución escrita, esto es, de la Constitución en sentido formal.

Bajo el influjo de la doctrina aristotélica (1) encuéntrase ya la concepción del *dominium politicum*, ó sea de la autoridad limitada por la Constitución, como opuesta al *dominium regale* (2). En el siglo xvi aparece por vez primera el concepto de ley fundamental, *lex fundamentalis* (3). La *lex fundamentalis* tiene una fuerza superior á las demás leyes. El propio rey está obligado respecto de ella, y no la puede modificar por sí solo. En la época de Enrique IV, declaró en Francia Loyseau que las «*lois fondamentales de l'Etat*» constituyen una limitación estricta del

(1) La oposición entre *πολιτικόν* y *βασιλικόν* hállase ya en las primeras líneas de la *Política*, pág. 1.252, 8.

(2) Véase Fortescue, *De laudibus legum angliae*, ed. Amos, Cambridge, 1825, cap. XXXVII, pág. 246; y del mismo, *Über die Regierung Englands*, traducido y editado por Parow, 1897 (Brentano-Leser, *Sammlung älterer und neuerer staatswissenschaftlicher Schriften*, núm. 10), pág. 17 y sigs., donde *dominium regale* y *dominium politicum et regale*, se oponen uno á otro.

(3) Probablemente aparece con los monarcómacas. Véase Treumann, *Die Monorchomachen* (Jellinek-Meyer, *Abhandlungen*, I, 1.), pág. 77, núm. 5. La palabra *fundamentalis* no se encuentra en Ducange-Henschel; sobre la historia del concepto de una ley fundamental, véase W. Rothschild, *Der Gedanke des geschriebenen Verfassung in der englischen Revolution*, 1903, págs. 6 y siguientes.

poder del rey (1). En Inglaterra, Jacobo I es quien habla por vez primera de *fundamental laws*, la cual considera como derecho divino (2). En la época de su hijo desempeña el concepto de ley fundamental un gran papel, en las luchas parlamentarias. El conde de Strafford fué acusado y juzgado porque quiso cambiar las leyes fundamentales de la monarquía (3). En el Derecho Público alemán se conoce el concepto de la ley fundamental desde la paz de Westfalia (4).

Este concepto de ley fundamental no fué definido por nadie, por lo cual pudo decir Hobbes, en 1651, que no había hallado en parte alguna una explicación de esta expresión ley fundamental (5). Una distinción jurídica que permita diferenciar las leyes fundamentales de las leyes simples, no parece que se había encontrado.

La concepción de ley fundamental va, pues, unida de un modo especial á la antigua del contrato constitucional entre el rey y el país, especialmente en Inglaterra, donde la concepción

(1) Ob. cit., pág. 26.

(2) Prothero, *Select statutes and other constitutional documents illustrating of the reign of Elizabeth and James*, I, 1894, pág. 400.

(3) «For endeavouring to subvert the ancient and fundamental laws and government of His Majesty's realms of England and Ireland»; Gardiner, *The constitutional documents of the puritan Revolution*, 1889, pág. 85. Durante la discusión del *Bill* en la Cámara Baja, preguntó un miembro de ésta qué eran las leyes fundamentales. A lo que le hubieron de contestar, que si no sabía esto no tenía *business to sit in the House*; Gardiner, *The fall of the Monarchy of Charles I, II*, 1882, pág. 140.

(4) J. P. O.; VIII, 4. «De caetero omnes laudabiles consuetudines et Sacri Romani Imperii constitutiones et leges fundamentales, imposterum religiose serventur.»

(5) *Leviathan*, cap. XXVI, pág. 275: «Y could never see in any author what a fundamental law signifieth.» En la edición latina de sus obras no existe esta frase.

medieval de las relaciones contractuales entre *rex* y *regnum* han permanecido muy vivas á causa de las innumerables confirmaciones de los derechos y libertades por la corona (1). Con esto se enlaza una serie de cuestiones muy varias.

Mediante la transmisión de la doctrina calvinista de las comunidades eclesiásticas al Estado, y de la aplicación de la doctrina bíblica de la alianza entre Dios y su pueblo, nace entre los puritanos independientes la concepción de que la comunidad cristiana, así como el Estado, descansan sobre su *covenant*, sobre su contrato social, que necesita ser llevado á cabo con unanimidad por todos los miembros de la comunidad (2). Esta concepción fué llevada á la práctica inmediatamente, pues los colonos americanos acuerdan un contrato para la colonia, mediante el cual se prometen mutuamente fundar una comunidad, instituir la autoridad y obedecer á ésta. Este contrato lo suscriben todos los hombres adultos en nombre propio y en el de sus familias. El más célebre entre todos los antiguos llevados á cabo de este modo es el de los *Pilgrinfathers*, á bordo del barco «Flor de Mayo», en 11 de Noviembre de 1620, previa la fundación de «New Plymouth». De mucha mayor importancia es la *Fundamental Orders of Connecticut*, llevada á cabo por los puritanos de Massachusetts (1639), en la cual, en forma de un contrato solemne, se ofrece una detallada constitución del Estado. En la propia Inglaterra ejerce un grande influjo político en esta época, la teoría del contrato social, formulada expresamente.

(1) Jellinek, *Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, páginas 30 y sigs.

(2) Véase *Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte*, páginas 35 y sigs.; Walker, *A history of the Congregational Churches in the United States*, 1894, págs. 25 y sigs., 66, etc.; Rieker, *Grundsätze reformierter Kirchenverfassung*, 1899, págs. 73 y sigs.; Gardiner, *Const. Docum.*, págs. 54 y sigs.

En el curso del movimiento revolucionario (1647), el Consejo de guerra de Cronwell, bajo la dirección de John Lilburne é Ireton, jefes de los igualitarios, elabora una Constitución de Inglaterra, el contrato popular, el *Agreement of the People*, que más tarde hubo de ser sometido al Parlamento en forma distinta, y que debía ser propuesto al pueblo inglés para que lo subscribiese (1). En este contrato fundamental se distingue perfectamente entre principios fundamentales y no fundamentales. Aquéllos los forman los derechos inalienables de la nación misma, y á los cuales no puede tocar el Parlamento, que sólo posee un poder limitado (2).

La decisión entre los derechos del Parlamento y los del pueblo, tan peculiar á la Constitución de los Estados americanos, aparece aquí por vez primera (3). Este primer ensayo de Inglaterra para llegar á tener una Constitución escrita, muestra claramente cuál es el punto de partida de un empeño de esta naturaleza. El contrato fundamental había de constituir para los Estados la base inmutable que formaban los *covenants* para la

(1) El proyecto primitivo lo ha publicado Gardiner, *History of the great civil war*, III, 1891, págs. 607 y sigs.; en parte también puede encontrarse en Foster, I, págs. 49 y sigs.; el texto definitivo en Gardiner, *Constitutional Documents*, págs. 207 y siguientes; sobre la figura interesante de Lilburne y el *Agreement*, véase Gardiner, *History*, III (especialmente las págs. 219 y sigs.); Bernstein, *Geschichte des Sozialismus*, I, 2, 1895, págs. 533 y sigs., 560 y sigs., 608 y sigs.; Foster, I, págs. 46 y sigs. Las investigaciones más recientes acerca del *Agreement*, en Rothschild, obra citada, pág. 62 y sigs.

(2) Véanse los cinco principios que van colocados en el proyecto, después del art. 4.º. En el texto definitivo no se habla de un modo expreso de los derechos que el pueblo se hubiera reservado; pero en el párrafo octavo se enumeran seis puntos que habían de sustraerse á las decisiones del Parlamento.

(3) Véase Gardiner, *History*, pág. 224.

Iglesia; mas los contratos solemnes se acostumbraba, por lo común, á hacerlos por escrito. De aquí que, siendo la Constitución un contrato solemne sobre el que descansaban los derechos y deberes de todos los miembros del Estado, debía hacerse por escrito. Es muy significativo, para comprender el proceso de ideas que han dado origen á estas manifestaciones, el hacer notar que durante las deliberaciones acerca de esta cuestión, y á consecuencia de la idea democrática que radica en su fondo, exigióse por vez primera el derecho de sufragio universal é igual para todos, para la elección del Parlamento (1).

En este momento muéstrase por vez primera con necesidad lógica esta idea: que la Constitución, que forma el contrato fundamental, es una ley superior á las que sobre este contrato se fundan.

La necesidad de una Constitución se muestra poco tiempo después, desde otros puntos de vista. El antiguo orden de cosas había sido transformado por la revolución, y el nuevo sólo era un orden de hechos, ó más bien, no tenía sino un carácter provisional. En el interés de los nuevos tenedores del poder público estaba el hacer de él un orden permanente. Por esto declara Cromwell—no obstante rechazar el supuesto del contrato del pueblo por mediación del Parlamento—, que en todo Estado es preciso algo fundamental análogo á la Carta Magna, permanente é incambiable (2); después, en 1653, intentó establecer

(1) Véanse los debates entre Ireton y Rainborow (Rainsborough) en *The Clarke Papers* (editado por la *Camden Society*), I, 1891, págs. 300 y sigs. El discurso de Rainborow contiene todos los argumentos esenciales de que se ha hecho uso después para defender el sufragio universal.

(2) «In every Government there must be Somewhat fundamental, Somewhat like a Magna Charta, which should be standing, be unalterable.» Carlyle, *Oliver Cromwell, Letters and Speeches*, 2.ª ed., III, 1846, *Speech*, III, 12 Sept. 1654, pág. 67.

el *Instrument of Government*, primera y única carta constitucional que ha tenido Inglaterra como ley fundamental del Estado inglés (1). En él están delimitadas las facultades de protector, del Consejo de Estado y del Parlamento, y hasta están allí determinados algunos de los derechos fundamentales del *Agreements*. No sin oposición se logró hacerlo reconocer, aun cuando más tarde hubo de sufrir distintas modificaciones; y esto es lo único que se puede decir de la Constitución escrita de Inglaterra, lo cual es tanto más admirable cuanto que la idea de una Constitución escrita ha nacido en el Estado, que precisamente hasta hoy no ha tenido ninguna.

Mas ¿en qué se muestra la fuerza superior del contrato constitucional? En virtud de su propiedad de contrato necesita llevarse á cabo con acuerdo unánime, y sólo podrá ser modificado igualmente por unanimidad. La consecuencia primera de esta concepción del contrato fundamental es el rechazar el principio de las mayorías, lo cual aparece tan natural al pensamiento político de aquella época, nimbado todo él de religiosidad, cuanto que el sometimiento á una mayoría se opone completamente á la convicción del protestantismo, de que es preciso rechazar toda autoridad exterior. La democracia de aquellos días, ineducada aún prácticamente, no ha hecho ensayo alguno por fijar una clase de mayoría que pudiera llevar á cabo las modificaciones de la Constitución.

3. La teoría del Derecho Natural es la primera que acomete la investigación del problema de las leyes fundamentales en todos sus aspectos. Es evidente que Inglaterra fué también la primera en llevar á cabo este orden de explicaciones. La doctrina popular del contrato social es acogida por Hobbes y sobre ella funda su teoría de la doctrina del Estado, teoría

(1) Reimpreso por Gardiner, *Const. Docum.*, págs. 314 y sigs.

enteramente en contradicción con las exigencias democráticas. Hobbes acepta la expresión de ley fundamental, y la define como aquella ley que, de ser suprimida, destruiría el cuerpo del Estado y le haría caer en la anarquía (1). La ley fundamental se identifica, por tanto, con el contrato sobre el cual se funda el Estado, así como con las consecuencias que se desprenden inmediatamente del mismo. Este contrato, que se lleva á cabo con asentimiento unánime, es, por consiguiente, inalterable en tanto que el Estado haya de subsistir como tal. En el contrato social va contenida la cláusula de someterse á aquel príncipe que designe la mayoría (2). Locke formula esta misma idea en un sentido democrático, al afirmar que en el contrato fundamental va determinada la obligación de considerar la voluntad de la mayoría como voluntad propia (3). Por consiguiente, en Inglaterra se reconoce, como correspondía á las circunstancias históricas, el principio de la mayoría para toda clase de leyes, y no se admite la distinción práctica entre leyes constitucionales y leyes simples.

De otro modo se conduce la teoría del Derecho Natural en Alemania. Puffendorf atenúa la doctrina de Hobbes y dice: que sólo aquel que ha suscrito de un modo incondicional el contrato de unión, está obligado á reconocer el *decretum* promulgado por una mayoría acerca de la forma de la Constitución; pero si no lo hubiera hecho así, entonces la Constitución le obligará únicamente en tanto que le otorgue su conformidad. Y si rechaza el prestársela, se coloca en la situación del estado de naturaleza. Inmediatamente después Böhmer (4), Wolff (5)

(1) *Leviathan*, cap. XXVI, págs. 275 y sigs.

(2) *De cive*, V, 8; *Leviathan*, XVIII, pág. 159.

(3) II, cap. VIII, 96, 99.

(4) *Jus. Pub. univ. pars. spec.*, I, 5, § 31 y sigs., pág. 292 y sigs.

(5) Ob. cit., VII, § 815 y sigs.

y otros transformaron el concepto de ley fundamental de un modo peculiar. No como ley constitucional exclusivamente, sino como limitación del poder del príncipe por el pueblo, es como la interpretan estos autores del Derecho Natural. De suerte que la teoría posterior, que identifica la Constitución con la Constitución constitucional (*konstitutio nelle Verfassung*), esboza á ésta en sus principales rasgos. Si se reflexiona sobre lo mucho que se ha extendido especialmente la doctrina de Wolff, resultará esta conexión, tanto más comprensible cuanto que las conocidas observaciones de Montesquieu sobre la Constitución inglesa, de ningún modo afirman que el Estado que se edifica sobre el principio de la división de poderes sea el único Estado constitucional.

Esta ley fundamental llega á ser considerada como una norma superior al legislador, y susceptible de ser cambiada por una decisión del pueblo á la que preste el rey su consentimiento. Esta idea fué ampliamente desenvuelta por el discípulo de Wolff, E. de Wattel, cuya obra sobre el Derecho Internacional llegó á pesar mucho en el mundo culto del siglo XVIII. Este autor distingue con mucha decisión entre poder legislativo y poder constituyente. Por lo común, dice, las minorías se han de someter á las mayorías cuando se trata de modificar la Constitución; pero cuando se hubiera de cambiar la forma misma del Estado por una decisión de la mayoría, entonces quedaría libre la minoría para separarse del Estado, esto es, para emigrar (1).

Es muy peculiar en Rousseau la actitud que adopta respecto á este problema. Rechaza sin duda alguna toda ley fundamental para el soberano, ya que la voluntad general no puede obli-

(1) *Le Droit des gens*, I, cap. III, § 30, 33.

garse á sí misma (1). De acuerdo con su principio de que el individuo permanece libre dentro del Estado, porque su voluntad forma parte de la voluntad general como un elemento constitutivo de ésta, y cada hombre, por tanto, sólo está sometido á su propia voluntad, necesitaría exigir que todas las leyes se considerasen iguales, exigiendo igualmente para todas la unanimidad. En realidad, quiere mantener el *liberum veto* de los polacos, en lo que se refiere á los fundamentos de la Constitución; aceptada por unanimidad, sólo por unanimidad, pueden cambiarse también estas leyes (2). Para la legislación corriente debe bastar la mayoría, que será mayor ó menor según la importancia del objeto que se ventila (3).

A los que en tales casos se quedan en minoría, no se les considera vencidos, sino equivocados más bien, respecto al contenido de la voluntad general (4). Sólo el contrato social exige la unanimidad por su propia naturaleza (5). Es claro que sólo pue-

(1) *Contrat social*, I, 7.

(2) *Considerations sur le gouvernement de Pologne*, cap. IX. «Par le droit naturel des sociétés, l'unanimité a été requise pour la formation du corps politique et pour les lois fondamentales qui tiennent à son existence... Or l'unanimité requise pour l'établissement de ces lois doit l'être de même pour leur abrogation. Ainsi voilà des points sur les quels le *liberum veto* peut continuer de subsister.» (*Buhrs complètes*, París, 1865, V, pág. 270.)

(3) *Contrat social*, IV, 2. «Plus les délibérations sont importantes et graves, plus l'avis qui l'emporte doit approcher de l'unanimité.»

(4) «Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, celane prouve autre chose sinon que j'e m'étais trompé et que ce que j'estimais être la volonté général ne l'était pas.» Lugar citado.

(5) L. c. «Il n'y a qu'une seule loi qui, par sa nature, exige un consentement unanime; c'est le pacte social.»

de haber hecho nacer una doctrina como ésta, que impide toda modificación en la Constitución, la falta de experiencia en el autor. Dado el influjo que ha ejercido Rousseau, esta doctrina ha tenido una gran importancia para cuanto hace relación al poder y santidad de las leyes constitucionales.

4. La concepción de la ley fundamental escrita, esto es, de la Constitución, alcanza por vez primera una significación práctica é independiente de la doctrina del Derecho Natural, en las colonias americanas de Inglaterra.

Estas colonias, si son de la corona, reciben de los reyes de Inglaterra, y si no (como sucede con la Carolina del Norte y Pensilvania) de sus señores, cartas de libertad, privilegios, en los que se consignan los principios fundamentales de su gobierno y organización administrativa. Muchas de estas cartas sólo contienen la confirmación de la Constitución que se habían dado con anterioridad los propios interesados. Así, por ejemplo, la *Fundamental Orders* de Connecticut apareció bajo la forma de un contrato llevado á cabo entre los colonos, y fué la base de la carta que concedió á la colonia Carlos II (1), carta que fué confirmada por el pueblo en 1776 como Constitución del Estado libre y sustituida más tarde, por vez primera en 1818, mediante una nueva Constitución. De igual modo Rhode-Island, fundada con anterioridad por Roger Williams sobre la base de un contrato de colonización, recibió su Constitución en 1663 de Carlos II, y en ella se confirma la organización ya existente. Esta Constitución ha subsistido hasta 1842. Las cartas de estos dos Estados particulares americanos son las Constituciones escritas más antiguas que se conocen en el sentido que se da hoy

(1) Véase Gourd, *Les Chartes coloniales et les Constitutions des Etat-Unis*, 1885, I, pág. 103 y sigs.

á este vocablo (1). De las cartas de colonias pertenecientes á particulares, las principales son las concedidas por Williams Penn, en 1682, 1687 y 1701, sobre la base de los plenos poderes y de la propiedad que le había otorgado la corona, á la que hubo de designar, conforme al nombre de su padre, Pennsylvania. Estas constituciones se dieron de conformidad con representantes de estas colonias, quienes asintieron á los principios que en ellas se contenían (2). Al surgir la revolución americana, las trece colonias tenían ya cartas de este tipo cuyos precedentes es preciso ir á buscar en la Edad Media. Nacidas de privilegios comerciales, se proponen como objetivo regular las nuevas relaciones políticas (3). En ellas, y especialmente en aquellas dos en que el contenido estaba fijado por el pueblo, se muestran las dos ideas históricas sobre que descansan las constituciones escritas, á saber: el contrato fundamental de los miembros del Estado y el de una concesión derivada de un poder superior. Frente á la madre patria, aparecen estos documentos exclusivamente como garantías unilaterales de la corona ó de los propietarios autorizados para ello por la corona. Según la concepción de los americanos, estos documentos crean corporaciones que adquieren una personalidad substantiva frente á las del del Estado dominante y cuyo derecho sólo puede hallar su limitación en el del imperio. De este modo, el dualismo entre comunidad superior y subordinada se encuentra expresado ya en estas constituciones escritas, dualismo que probablemente tiene un nexo histórico con el del Estado de la Edad Media.

(1) Véase el texto en Poore, I, pág. 249 y sigs.; II, pág. 1.596 y siguientes.

(2) Véase Poore, II, pág. 1.523 y sigs.; Gourd, I, pág. 165 y siguientes.

(3) Véase Bryce, *American Commonwealth*, I, pág. 427 y siguientes.

A causa de las débiles relaciones en que se encuentran las colonias con la madre patria, aparece cada vez más vigorosamente y llena de sentido la idea de que la Constitución no es sino el resultado de un contrato entre los ciudadanos, é incluso sirve éste de base á algunas Cartas particulares; en cambio decrece la importancia que se daba á la concesión por un poder superior. La trascendencia de esta concepción democrática la acentúa las circunstancias que rodean los comienzos de la obra de cultura de los colonos. En un principio eran muy pocos los emigrantes, y muy grande el territorio en que estaban esparcidos; por lo común, vivían con su familia en una situación que les había de sugerir la idea de un Estado de naturaleza preestatista, y cuando se reúnen para deliberar acerca de cuestiones comunes, creen ellos que salen de aquel estado de naturaleza por un acto libre de su voluntad para entrar en un régimen de Estado. De este modo se mezcla la doctrina político-eclesiástica del *covenants* como fundamento del Estado, con la del Derecho Natural, tan divulgada por la literatura, y se engendra la concepción de que la naturaleza del Estado descansa sobre la base de una Constitución nacida de la voluntad del pueblo. Mediante esta Constitución, el poder que vive por entero y potencialmente en el pueblo se reparte entre distintos órganos para que éstos lo ejerciten. En la época colonial estos órganos son en general los mismos, á saber: una asamblea legislativa, un gobernador elegido ó nombrado por la Corona ó por los propietarios de la colonia y además jueces de paz y otros tribunales, según el modelo inglés. La asamblea legislativa no tiene nunca una situación superior á la ejecutiva, como sucede en Inglaterra. El veto del gobernador tiene realidad, en tanto que en la madre patria cae en desuso. Las legislaturas sólo tienen limitado su poder legislativo en cuanto las leyes británicas y las Cartas coloniales le son dadas como inmutables, y toda ley que rebá-

sase estos límites podía ser anulada por el *Privy council* (1). De este modo prepáranse ya en estas Cartas los principios fundamentales de las Constituciones futuras, especialmente, el principio de la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, así como este otro: que la Carta, tanto desde el punto de vista del Derecho Natural, cuanto según el Derecho Positivo, es una norma superior que obliga al legislador. Ambas ideas constituirán más tarde las bases de las Constituciones, y serán aceptadas en Europa por la Francia revolucionaria. La división de los poderes como principio constitucional y la Constitución como un poder que queda fuera de la acción normal legislativa, son ideas que surgen por necesidad histórica en el suelo de las colonias americanas.

En el año 1776 las colonias independientes se transforman en Estados, y en virtud de la plenitud de los poderes que habían alcanzado, publican en éste y en los años que siguen Constituciones basadas en el principio de la soberanía popular y de la división de poderes, ó bien transforman sus Cartas en Constituciones. Por lo común, éstas son elaboradas y publicadas por asambleas constituyentes, pero en aquella época se deja sentir ya en algunos Estados la antigua idea del *covenants* y del contrato social, según la cual la Constitución debería ser propuesta á la aceptación de los ciudadanos, reunidos en el *town meetings* (2). Este principio se llevó á la práctica por vez primera en Massachusetts y New Hampshire, y en el transcurso del siglo XIX se extiende á un gran número de antiguos y nuevos Estados particulares de la Unión.

En estas Constituciones de la primera época de la indepen-

(1) Foster, I, pág. 32 y sigs.

(2) Borgeaud, *Etablissement et révision des Const.*, pág. 167 y siguientes.

dencia americana han de buscarse los modelos más antiguos de las europeas, modelos que han influido en mayor medida de lo que hasta hace poco se creía sobre la propia constituyente francesa de 1789-91.

Estos actos los forman dos partes principales. En su mayoría van precedidos de un *Bill ó Declaration of Rights*—que en las Cartas de las colonias ó faltan ó están incompletos,—declaraciones que encierran un breve Código de los derechos públicos de los individuos. A esto se añade el plan ó campo de acción del Gobierno, las disposiciones acerca de los órganos supremos del Estado y sobre sus funciones.

En otro lugar hemos hecho aclaraciones respecto á la Declaración de Derechos. El primer acto legislativo de esta naturaleza tuvo lugar en la Convención del Estado de Virginia en 12 de Junio de 1776, donde se aceptó un *Bill of Rights*, que ha sido el modelo que ha servido á la legislación constitucional para todos los actos posteriores de esta naturaleza. Siguen á éste otros *Bills ó Declaraciones de Derechos* en otros Estados americanos. Algunos principios del *Bill* de Virginia pasaron á formar parte de la célebre Declaración de independencia de los Estados Unidos de 4 de Julio de 1776.

En estos *Bills of Rights* no sólo se consignan los derechos de la libertad individual, sino también los principios de los restantes derechos públicos del individuo. Además están contenidos en él los principios de la soberanía popular, de la división de poderes, de la duración de las funciones públicas, la responsabilidad de los que desempeñaban estas funciones, así como infinidad de otros principios de Derecho, que sólo de una manera indirecta tienen relación con los derechos subjetivos. Por lo tanto, pervive en estos documentos la antigua concepción inglesa de que la Constitución es ante todo un *jus inter partes*, y es concebida, por tanto, como el fundamento de los derechos subjetivos.

El *Plan of government* de las constituciones de los Estados miembros, descansa, hasta donde es posible—ya que una completa realización del principio no era ni posible ni deseada en América,—sobre el principio de la división y equilibrio de los poderes, debido no sólo al predicamento de que gozaba entonces la doctrina de Montesquieu, sino también, porque, como hemos dicho, la historia constitucional de las colonias es muy peculiar y al desviarla de Inglaterra la conduce á una exigencia análoga á la de Montesquieu en lo que respecta á las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo. También aparece en ellas el sistema bicameral mediante un desenvolvimiento histórico, pues en las colonias el consejo de los gobernadores ejercía al propio tiempo las funciones de una cámara alta.

Estas constituciones son las leyes más altas del país. Como quiera que todos los poderes están delegados por el pueblo, resultan todos ellos limitados por la ley fundamental, la cual se considera como la expresión inmediata de la voluntad de aquél. Aunque no se exprese así de una manera manifiesta, se las considera como fijas, y en la práctica se reconoce que el juez debe comprobar si todas las leyes concuerdan materialmente con la Constitución. Este mismo principio fundamental procede, como hemos mostrado antes, del orden jurídico que existía con anterioridad, porque las leyes coloniales eran revisadas por el juez inglés para ver si se conformaban con las normas superiores del Derecho inglés, y, por tanto, con la Carta misma, principio que aún hoy se practica en todas las colonias británicas, pues las leyes coloniales, incluso las de las colonias más independientes, necesitan someterse al examen del *Judicial committee* del *privy council* de Inglaterra para ver si concuerdan con el derecho del imperio (1).

(1) Véase Todd, *Parliamentary Government in the British*

La antigua doctrina relativa á la significación predominante del contrato social, influye hoy aún en las disposiciones relativas á la modificación de las Constituciones. El proceso de una revisión constitucional, es la mayor parte de las veces muy complicado. Primeramente necesita que así lo decida la legislatura ordinaria, por una mayoría que por lo común es superior á la que generalmente se exige, la mayoría simple, y en algunos Estados se exige que lo decidan dos legislaturas consecutivas (1) cuando se ha de llevar á cabo una revisión total, esto es, cuando se ha de establecer una nueva Constitución. En este caso, la elabora una convención elegida á este efecto por el pueblo y sancionada después por este mismo (2). Así, pues, el pueblo es quien decide en última instancia sobre si se acepta ó rechaza la revisión (3). El carácter formal de las leyes constitucionales concebidas como normas que sólo pueden cambiarse de un modo determinado y como leyes provistas de una fuerza

*Colonies*, 2.<sup>a</sup> edic., Londres, 1894, págs. 306, 309, 346 y sigs.; Dicey, pág. 105; Brinton Coxe, *An essay on Judicial Power and Institutional Legislation*, Filadelfia, 1893, págs. 208 y sigs.; sobre Australia, véase Moore, *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, Londres, 1902, págs. 165 y sigs. La jurisdicción del *Privy Council* inglés está muy limitada, sin duda, en Australia, pero no está suprimida.

(1) Véanse indicaciones detalladas en Ellis Paxon Oberholtzer, *The Referendum in America* (Publications of University of Pennsylvania), Philadelphia, 1893, pág. 41 y Apéndice.

(2) Véase Bryce, *The American Commonwealth*, I, págs. 667 y siguientes. Hameson, *A Treatise on constitutional convention*, 4.<sup>a</sup> ed., Chicago, 1887, §. 479.

(3) Con excepción del Estado de Delaware, donde para modificar la Constitución no es preciso el asentimiento del pueblo, y de la Carolina del Sur, donde este asentimiento se lleva á cabo entre dos acuerdos de las legislaturas. Oberholtzer, págs. 41 y 42.

superior, se marca mucho en las Constituciones de los Estados americanos. Recientemente, estas normas americanas acerca de la modificación de las Constituciones han sido aceptadas por Australia (1).

Los mismos principios que existen en las Constituciones de que hemos hablado, se encuentran en la de los Estados Unidos de 1787. La Constitución es hija del poder pleno del pueblo; es la ley suprema del país, y constituye el límite de la actividad de todos los actos de la Unión, así como de los Estados miembros de ésta. Al juez le está encomendada la función de que este límite no se rebase. Los *Bill of Rights* de los Estados particulares habían fijado ya de un modo solemne los derechos individuales, y á causa de ello consideraron que era tanto menos necesaria una declaración de derechos, cuanto que la concepción del pueblo americano, respecto á los derechos de los individuos, estaba ya expresada en algunos principios de la declaración de independencia. No obstante, en 1789 fueron añadidos diez artículos á la Constitución de la Unión, que vienen á ser como un *Bill of Rights* para todos los americanos. El principio de la división de poderes se encuentra allí formulado del propio modo que en los Estados particulares. La Constitución sólo puede modificarse mediante un procedimiento complicado, y las minorías pueden fácilmente estorbar todo cambio, porque para llevarlo á cabo es preciso el asentimiento de los dos tercios de ambas Cámaras y de las tres cuartas partes de las legislaturas de los Estados. No existe la aceptación directa por el pueblo, pero mediante la posibilidad de un asentimiento

(1) *Cons. of the C. of Australia*. Art. 128. También ha influido en estas prescripciones el Derecho suizo, según el cual, se exige la conformidad del pueblo, en la mayoría de los Estados, de igual suerte que en el *Commonwealths*, para ser sancionada una modificación.

expresado en las convenciones particulares, tanto en la Unión cuanto en los Estados miembros que hayan de ratificar la Constitución, se da lugar á una aprobación indirecta por aquél (1).

En América es donde ha de buscarse el origen de nuestras actuales Constituciones escritas, y por esto se les debe prestar más atención á estas Constituciones. La Revolución francesa acepta la idea americana, y de Francia se extiende á los demás Estados europeos.

5. Desde antes existían leyes fundamentales escritas en distintos Estados europeos. Ya hemos hablado de las Cartas de libertades medioevales, que más tarde habrán de considerarse como leyes. En los tiempos modernos se ha considerado el tratado de paz de Osnabruk como ley fundamental del imperio. En Suecia existe desde 1634 la *Regeringsform*, en la que se regulan las relaciones entre el rey y las clases sociales. Posteriormente ha sido modificada varias veces, pero forma aún hoy, según la redacción de 1772, el fundamento de la Constitución de Finlandia (2). Pero por mucho que estas leyes sueco-finlandesas puedan parecerse á una Constitución moderna, diferéncianse de éstas en que como otras análogas existentes en algunos Estados, descansan sobre el principio de una diferenciación de clases, y, por consiguiente, significan una separación entre *rex* y *regnum*. La concepción de un Estado unitario con un centro del que recibe su forma fundamental y que debe á su vez de-

(1) Constitución de los Estados Unidos, art. 5.º Hasta ahora no ha tenido lugar una decisión de esta naturaleza por convención.

(2) Véase acerca de esto Aschehoung, *Das Staatsrecht der Vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen* (en el *Manual de Marquardsen*), págs. 7 y sigs. El texto de la Constitución finlandesa de 1772 puede hallarse en *La Constitution du Grand-Duché de Finlande*, París, 1900, págs. 41 y sigs.

terminar los límites del individuo, no existe en estas leyes. De igual modo, á pesar de las teorías del Derecho Natural, no surge en el continente la exigencia de una declaración de derechos. Es cierto que se encuentran asegurados algunos derechos individuales antes del siglo xviii en leyes dictadas por los monarcas absolutos, ó en resoluciones tomadas por las propias clases sociales, ó en los tratados de paz (como sucede, por ejemplo, con los derechos de los distintos partidos religiosos en el tratado de paz de Osnabruk); pero esto no obstante, todas estas leyes tienen un carácter circunstancial, y no son una declaración de principio, ni mucho menos se proponen regular la esfera total de los derechos públicos del individuo. La obra de más influjo de la literatura política de la segunda mitad del siglo xviii, el *Contrato social*, era enemiga, por su tendencia, de una declaración de derechos por la Constitución. Y mediante su exigencia de que todos los individuos reconociesen una religión civil, negaba el más importante y fundamental de todos los derechos individuales: el de la libertad religiosa (1).

Una serie de circunstancias hicieron nacer en Francia antes de la reunión de los Estados generales, así lo prueban los *Cahiers*, la exigencia de una Constitución escrita como base del Estado. La idea de la soberanía popular y la que nace de ella y más tarde formuló Siéyès, á saber: que el *pouvoir constituant* reside siempre en el pueblo, en tanto que los otros poderes, como *pouvoir constitué*, necesitan derivar su existencia y competencia del poder constituyente; y la necesidad de ordenar claramente este orden de relaciones, han tenido una parte esencial en la creación de la primera Constitución francesa. El modelo de los americanos no ha tenido escaso influjo en Francia. Las

(1) Véase *Supra*, pág. 43. Así mismo para el derecho de asociación, véase *Erk. d. Mensch. und Bürgerr.*, pág. 7.

instituciones de los americanos, despertaron en Francia á causa de la hermandad en las armas, una atención vivísima, y la literatura hizo una gran propaganda de las Constituciones de América (1). Excitado por este modelo, y especialmente por el *Bill of Rights* de Virginia, habían exigido ya algunos *Cahiers* una declaración de derechos, y Lafayette presenta una proposición de este carácter á la Asamblea Nacional. La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del 26 de Agosto de 1789, es el primer resultado de la legislación constitucional (2).

La primera Carta constitucional aparecida en Europa es la preparada lentamente durante los años 1789-91, y publicada y encerrada finalmente en un solo instrumento único como Constitución francesa en 3 de Septiembre de 1791. Es verdad que la Constitución polaca de 1791 lleva fecha anterior, pero en realidad, esta Carta, en aquello que no tiene un carácter antiguo, depende completamente de las leyes constitucionales que hasta entonces se habían publicado en Francia.

Esta Constitución francesa toma como modelo en muchos puntos á la Americana, si bien se distingue de ella esencialmente. La diferencia principal no debe buscarse en la oposición entre el régimen republicano y el monárquico, porque la monarquía era ya en aquel entonces en Francia una apariencia vacía, y la situación del rey era más débil que la de un presidente ó gobernador. La declaración de derechos afirmó que lo

(1) Véase G. Koch, *Beiträge zur Geschichte der politischen Ideen*, II; *Demokratie und Konstitution* (1750-1791), 1896, páginas 205 y sigs.; Duguit, *La séparation des pouvoirs*, págs. 13 y sigs.; Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, París, 1901, págs. 19 y sigs.

(2) Véase Jellinek, *Erklärung des Menschen und Bürgerrechte*, págs. 7 y sigs.

americano, el principio de la separación de los poderes, era esencial á la Constitución; pero en esta Constitución el poder legislativo está de tal suerte colocado, que el ejecutivo le está subordinado completamente, ya que sin aquél no puede éste llevar á cabo ninguna acción importante. Además, el Parlamento se compone de una sola Cámara, y todo elemento que pudiera entorpecer la legislación es rechazado; de suerte que en realidad se trata de una soberanía ilimitada del Parlamento; esto y no la doctrina inglesa es lo que triunfa en aquella Constitución. Según la doctrina de Montesquieu y el modelo americano, queda prohibida á los miembros de la Asamblea Nacional la entrada en el Ministerio (1), lo cual no contribuye ciertamente á fortalecer la situación de la Corona, sino antes al contrario; ayuda á la victoria de la anarquía y á la ruina de la Constitución.

El *pouvoir constituant* no se atribuye á la Asamblea popular, sino exclusivamente al Parlamento; pero se busca la estabilidad de la Constitución y la reunión del pueblo en la revisión constitucional, prohibiendo que durante las dos próximas legislaturas se modifique la Constitución; y se exige para después que tres legislaturas consecutivas propongan por unanimidad la modificación; y en este caso se elegirá una Cámara revisionista con un número de miembros superior al de las otras legislaturas, no concediéndose al rey el derecho de sanción respecto de sus acuerdos (2).

Las Constituciones posteriores de la época revolucionaria fueron más consecuentes al desarrollar el principio de la soberanía del pueblo, pues exigieron la sanción de éste siempre que se hiciera una nueva Constitución. De suerte que el poder constituyente es considerado, no sólo en su substancia, sino tam-

(1) Constitución de 1791, tít. III, cap. II, sección IV, art. 2.º véase Duguit, *Séparation des pouvoirs*, pág. 9.

(2) Constitución, título VII.

bién en su ejercicio, como correspondiendo á la nación misma (1).

El influjo de la Constitución francesa de 1791 fué muy profundo. Ha servido de prototipo á todas las Constituciones que descansan sobre un principio democrático. Así, las Cortes españolas de 1812 y la Constitución de esta fecha, la portuguesa de 1822 y la noruega, aún en vigor, de 1814, fueron creadas tomando aquélla por modelo, y la misma Constitución belga de 1831 está muy influida en muchos puntos, por la misma.

No menos importancia han tenido las posteriores Constituciones francesas. La elaborada por la Convención en 1793, la del Directorio de 1795, y, por último, la Constitución de la época consular de 1799, la cual muestra ya, en general, cuál ha de ser el tipo de la Constitución del primer imperio. La Constitución de 24 de Junio de 1793 no ha dejado de tener influjo en épocas posteriores, pues á ella se debe la implantación del sufragio universal, y es la que introduce la aprobación facultativa de las leyes por el pueblo; por lo cual, esta Constitución es la que funda en Europa dos temas del problema de la democracia, de los cuales el primero ha tenido un gran ascendiente práctico en el último tercio del siglo XIX y el segundo ha sido realizado en la Constitución suiza, si bien ha tomado como base instituciones indígenas. La Constitución del Directorio introdujo el sistema bicameral que no ha desaparecido en Francia, salvo la breve duración de la segunda República. Aquella Constitución—á causa de la enorme resonancia que los experimentos constitucionales franceses tenían en la Europa continental—ha llegado á tener una extraordinaria importancia. La propia Constitución del primer imperio ha extendido sus efectos más allá de Francia, pues fué imitada en algunos Estados particula-

(1) Borgeaud, *Etabl. et Rev. des Const.*, pág. 248 y sigs.

res de Alemania en la época de la Confederación del Rhin, y con ella aparece por vez primera en Alemania, si bien en una forma algo pobre, el principio constitucional (1). Todas estas Constituciones, incluso la de 1791, eran consideradas formalmente como leyes de un carácter superior, y así se expresa, al requerir para éstas la aprobación del pueblo, en quien se reconoce el poder constituyente de la nación soberana. El Acta esfímera adicional de la época de los cien días que debía conceder una Constitución á la Francia imperial, fué igualmente sancionada mediante un plebiscito (2).

Todas estas Constituciones descansan, como la primera francesa, sobre el principio de la soberanía popular. La constitución del imperio es, en este sentido, del mayor interés, porque es cesarista, esto es, responde á la concepción romana de la *lex regia*, mediante la cual, el *populus*, que forma el Estado, traspasa al César el poder que á él mismo le corresponde, y de este modo adviene el César el único representante del pueblo. El cesarismo es, en realidad, una monarquía absoluta con apariencia de instituciones constitucionales, en la cual la autoridad del emperador es exaltada extraordinariamente, ya que, en virtud de las facultades representativas que se le conceden, cada uno de sus actos pueden ser proclamados como actos del pueblo. De un modo más consecuente ha desarrollado la concepción cesarista la constitución del segundo imperio, en la que Napoleón III se declara magistrado responsable del pueblo á cuya voluntad podía apelar por la vía del plebiscito (3), y cuya actuación era necesaria cuando se tratase de modificaciones

(1) Véase G. Meyer, págs. 137 y sigs.

(2) Duguit-Monnier, pág. lxxxv.

(3) Sobre el plebiscito bonapartista, véase Borgeaud, páginas 261 y sigs. Esmein, *Droit Constitutionnel*, págs. 263 y sigs.

importantes en la Constitución (1). A consecuencia de esto, los ministros, conforme con el tipo americano, no podían ser nunca miembros del cuerpo legislativo (2), y eran exclusivamente responsables ante el emperador, que es al que corresponde toda la responsabilidad como representante supremo del pueblo (3).

Aún más amplia y profunda eficacia que las Constituciones de la Revolución francesa, fué la que alcanzó la de la restauración de la monarquía francesa. Los nuevos principios se encuentran en la Carta constitucional de Luis XVIII, de 4 de Junio de 1814. En primer lugar, la Constitución tiene el carácter de una concesión voluntaria por parte del rey (4) y toma como punto de partida jurídico, que originariamente todo el poder del Estado descansa en el rey, pero que, no obstante, puede concederse al pueblo una participación en su ejercicio. De esta suerte, queda opuesto por vez primera el principio monárquico al principio democrático (5), lo cual es una novedad en lo que toca á la posibilidad constitucional de la limitación del monarca, pues todas las anteriores constituciones europeas y americanas descansaban sobre una teoría que pretendía tener validez absoluta para todos los Estados, á saber: que el pueblo era originariamente el titular del poder constituyente. La situación del rey

(1) Const. de 14 Enero 1852, art. V, 32.

(2) Const., art. 44.

(3) Const., art. 13. «Les ministres ne dépendent qui du chef de l'Etat; ils ne sont responsable, que chacun en ce qui le concerne, des actes du Gouvernement; il n'y a point de solidarité entre eux; ils ne peuvent être mis en accusation que par le Sénat.»

(4) La expresión Constitución dejó de usarse intencionalmente, y se la sustituyó con el término *Charte*, en recuerdo de las antiguas Cartas francesas.

(5) Véase *Supra*, cap. XIV, 5.

aparece preponderante, incluso en la acción legislativa, ya que solamente á él compete la iniciativa de las leyes (1). Es de no menor importancia el que la Carta tomase como modelo las relaciones inglesas. Así como hasta este momento los efectos de la América republicana son los que se han hecho sentir en la legislación constitucional, á partir de este instante la legislación que se toma como tipo es la de la antigua monarquía inglesa, pero de una manera enteramente distinta de la forma en que la doctrina de Montesquieu la brindara como modelo de los Estados constitucionales. Cuando principia la Carta comienza la teoría constitucional francesa fundada con autoridad por B. Constant, que considera las Constituciones inglesas como el modelo á imitar por Francia; esta doctrina adviene en el curso de su propaganda el derecho natural constitucional del partido liberal. Es de una grande importancia que la Carta rechace la separación exigida por la doctrina de Montesquieu y las ideas americanas entre el Parlamento y el ministerio, así como que asigne á la Corona el derecho á disolver la Cámara de los diputados (2). Con esto abre el camino para que se pueda instaurar un régimen parlamentario según el modelo inglés.

No obstante estar inspirada la Carta revisada después de la

(1) *Charte Const.*, art. 16. Las Cámaras sólo pueden rogar que se presente una ley; art. 19.

(2) *Charte*, art. 50. Las primeras Constituciones francesas hasta el *Senado consulto* de 14 Termidor, año 10, no reconocían el derecho á la disolución de las Cámaras. El primer imperio concedió esta facultad, no al emperador, sino al Senado. Véase Matter, *La dissolution des Assemblées parlementaires*, París, 1898, págs. 62 y sigs. También es una imitación inglesa la Cámara de los Pares establecida por la Carta, la cual á su vez sirvió de modelo para establecer en otros muchos Estados esta primera Cámara.

revolución de Julio en la Carta precedente, y haber tomado muchos artículos literalmente de ésta, su base fué enteramente distinta, pues no era la obra exclusiva del rey, sino que respondía á una conformidad entre el rey y el Parlamento. No se abandona de una manera expresa el principio monárquico, pero no se dice ya, Luis Felipe rey por la gracia de Dios, sino que se llama rey de los franceses, y no, como se titulaban los Borbones, rey de Francia y de Navarra. De conformidad con las modificaciones que habían experimentado las relaciones entre la Corona y el Parlamento, se atribuye á éste también el derecho de iniciativa. Lo que durante el período de la restauración fué á veces una posibilidad realizada—el régimen parlamentario—aparece ahora como una necesidad política, que desde este momento pasa á ser dogma del programa del Derecho Natural constitucional (1).

Sobre los puntos más importantes para el Derecho constitucional formal, calla completamente la Carta, en especial sobre lo relativo á su modificación. Por eso necesita el jurista deducir de aquí que la Constitución no distingue entre leyes simples y leyes constitucionales, esto es, que en este punto concuerda con las opiniones inglesas. Si la Constitución es una concesión graciosa del rey, no se comprende por qué se habrían de necesitar garantías especiales para su modificación. Si la ini-

En el año 1830, en el periódico de oposición fundado para combatir el régimen personal de Carlos X, apareció en *Le National*, el artículo famoso del entonces joven Thiers, en donde se decían estas frases: «Le roi regne, les ministres gouvernent, les chambres jugent», y de aquí nace el siguiente dogma: «Dès que le mal gouverner commence le roi ou les chambres renversent le ministère qui gouverne mal et les chambres offrent leur majorité comme liste des candidats.» Véase Duvergier de Hauranne, X, pág. 398.

ciativa de las leyes corresponde exclusivamente al rey, la voluntad de éste ofrece garantía suficiente de que no ha de depender la seguridad de la ley de la voluntad de una mayoría en las Cámaras. De hecho, las principales modificaciones realizadas en la Constitución bajo Luis XVIII, se debieron á la iniciativa del Gobierno en las Cámaras en la forma que era usual para las demás leyes (1).

Bajo el influjo de la Carta de Luis XVIII, se han formado la mayor parte de las Constituciones de los Estados alemanes en la época de 1814-1848. Especialmente las Constituciones de los Estados del Sur de Alemania, promulgadas en los años de 1818-20, son las que han traído á Alemania este tipo de Constitución, que fué adoptado más tarde, después de la revolución de Julio, por varios de los grandes Estados del Centro y Norte de Alemania.

Las afirmaciones de estas Constituciones son: el principio monárquico, el sistema bicameral con una primera Cámara aristocrática, la iniciativa de las leyes reservada al Gobierno, el derecho de disolver la Cámara electiva concedido al monarca, y, por último, el principio de la responsabilidad ministerial. En otros muchos puntos se enlazan con las antiguas instituciones constitucionales de los brazos ó estados, de suerte que no puede considerarse de ningún modo á estas Constituciones como meras copias de la Carta. Además, á diferencia de la Carta, reconocen formas que dificultan la modificación de la Constitución, con lo que muestran separar marcadamente la leyes simples de las constitucionales. Estas fórmulas que exigen, se re-

(1) Así, por ejemplo, la ley de 9 de Junio de 1824, mediante la cual se introdujo, en vez de la renovación parcial de la Cámara de los diputados, la renovación integral de la misma. Duguit-Monnier, Const., págs. 211 y sigs.

fieren á la deliberación y al voto en las Cámaras; claro es que en estas constituciones no se habla del asentimiento del pueblo, según el modelo americano-francés, porque contradice de un modo manifiesto el principio monárquico. Frecuentemente considéranse las constituciones no meramente como concesiones del monarca, sino acordadas de conformidad con los antiguos brazos, por lo cual, en la literatura del Derecho Político de la época de la federación germana, encuéntrase muy generalizada la distinción entre constituciones otorgadas y constituciones pactadas, pero á esta distinción no concedían grande importancia los publicistas de autoridad en el Derecho federal alemán (1).

Además de las Constituciones alemanas mencionadas, existen, el *Grondwet* holandés de 24 de Agosto de 1815, la Constitución polaca de 25 de Diciembre de 1815, la efímera Constitución española de 10 de Abril de 1834 y, sobre todo, el Estatuto fundamental del reino de Cerdeña, que después ha sido la Constitución del reino de Italia, todos los cuales están profundamente influidos por la idea esencial de la Carta. La ley fundamental austriaca sobre la representación del imperio, promulgada el 26 de Febrero de 1861, cuéntase entre las Constituciones que han sufrido el influjo de la Carta, pues le sirvieron como modelo las Constituciones alemanas (2).

(1) Véase H. A. Zachariae, I, págs. 286 y sigs.

(2) Á pesar de los influjos de modelos extraños, tiene la Constitución austriaca una forma jurídica peculiar. La de Febrero sólo es un estatuto del *Reichsrat* y sobre la organización de los países particulares; no era, pues, un documento que abarcase los fundamentos de todo el Derecho Público. También la ley fundamental del Estado, de 1867, prescindiendo de la ordenación particular que ha subsistido en cada país, se desvía completamente del tipo usual de documentos constitucionales. La Constitución del reino está formada, no por una ley, sino por cinco leyes fundamentales, á las que hay que añadir

6. Inmediatamente después de la revisión de la Carta francesa, fué publicada por la Asamblea nacional constituyente del joven Estado belga la Constitución de 7 de Febrero de 1831. En ella se advierte tanto el influjo de la Constitución francesa de 1791 y de la Carta revisada, como de las antiguas instituciones indígenas. El principio sobre que descansa es de un modo manifiesto el democrático, pues todos los poderes proceden de la nación, y al rey le corresponde el poder sólo en cuanto le es delegado de un modo expreso por la nación para que lo ejercite (1). Á pesar de esto, el rey de Bélgica posee todos los derechos esenciales á los monarcas. Políticamente, y en realidad, el poder dominante es el Parlamento, porque en esta Constitución no se concede lugar alguno al pueblo para exteriorizar su voluntad. No ya de la letra de la Constitución, sino de las relaciones reales de los dos órganos inmediatos del Estado, relaciones que no pueden ser medidas jurídicamente, nace la necesidad de un régimen parlamentario. Los derechos parlamentarios de las Cámaras relativos á las cuestiones financieras, al ejército y á los tratados hechos por el Estado, tienen más importancia

aún la que se refiere á los asuntos comunes con Hungría. Esta suerte de legislación constitucional ha sido después aplicada en Francia en la época de la tercera república. La actual Constitución francesa no está formada por un solo instrumento, sino que se encuentra constituida por las tres leyes constitucionales de 1875. Los franceses invocan como analogías las Constituciones de los dos imperios, las cuales hubieron de formarse mediante Senados-consultos sucesivos, pero nunca se trató en ellos sino de adiciones ó modificaciones á una constitución existente ya. Véase Esmein, *Droit Const.*, pág. 462 y sigs.

(1) Acerca de esta delegación sin transcendencia jurídica, véanse Vauthier, *Das Staatsrecht des Königreichs Belgien* (Manuales Marquardsen), págs. 19 y sigs. Véase además Smend, *Die preussische Verfassungsurkunde im Vergleich mit der belgischen*, 1904, págs. 48 y sigs.

en esta Constitución que en las demás de aquella época. Se contiene de otra parte en este código fundamental una amplia declaración de derechos, que en la Carta francesa y en las Constituciones de los demás Estados que tomaron á ésta por modelo, está limitada á algunos puntos. Esta Constitución de un pequeño y nuevo Estado neutral reemplaza en popularidad á las Constituciones francesas, y adviene el ideal constitucional de la época siguiente. Singularmente sirve de modelo en los años de 1848-49; sufren su influjo la Asamblea nacional y el *Reichstag* en Francfort, Berlín y Viena-Kremsier, las cuales se atribuyen el poder constituyente é intentan elaborar una Constitución sobre la base de principios democráticos. También la actual Constitución prusiana de 31 de Enero de 1850, la austriaca de 4 de Mayo de 1849, la ley fundamental del Estado, aún en vigor, de 21 de Diciembre de 1867, las leyes húngaras de 1848, las leyes fundamentales de los Estados particulares alemanes, promulgadas ó revisadas después de 1848, y aun la propia Constitución del imperio alemán, sufren en más ó en menos medida el influjo de la Constitución belga. Finalmente, sobre la propia Francia ha reobrado también, pues la república parlamentaria ha necesitado orientarse en la concepción política de la monarquía parlamentaria.

7. Los Estados del Norte, Suecia y Dinamarca, se han aproximado igualmente en sus Constituciones al tipo francés-belga, si bien ambas, especialmente Suecia (1), ha alcanzado resultados

(1) La actual Constitución sueca de 22 de Junio de 1866 conserva muchos elementos y muy importantes de los antiguos estados ó brazos. Lo cual se pone de manifiesto, por ejemplo, en la forma peculiar como se lleva á cabo la sanción, en la concesión de los impuestos, en el libre derecho que tiene el rey de legislar sobre las cuestiones económicas y en la fiscalización de la dirección del Estado mediante el *Riksdag*, etc. Véase *Aschehoug, Das Staatsrechts der Vereinigten Königreich Schweden*

de grande importancia mediante la evolución de sus Constituciones. Por el contrario, los nuevos Estados de la península de los Balkanes han tomado como tipo las Constituciones usuales. La historia constitucional de Suiza, lo mismo en lo que respecta á la federación que á los cantones, se ha desenvuelto de una manera original. Las instituciones, especialmente, que se refieren á la legislación directa por el pueblo, se han formado en ella de una manera peculiar, aun cuando se echa de ver el influjo de las ideas americanas y francesas. Que la formación federal de la Confederación está influida por ideas americanas, se muestra en la organización del Consejo de los Estados, en el que, de igual suerte que en el Senado americano, cada Estado miembro (cantón) tiene dos diputados.

No obstante la recepción de las concepciones jurídicas de los países extranjeros, toda Constitución debe ser explicada según los principios del Derecho indígena. Así, la Constitución prusiana y la austriaca, á pesar de los influjos de la belga, descansan sobre el mismo principio que las antiguas Constituciones alemanas, ó sea el predominio del monarca. De igual suerte, la Constitución del imperio alemán debe interpretarse atendiendo á su evolución histórica interna, y no según ideas abstractas del Derecho Natural constitucional. Los hechos históricos que sirven de base á cada Constitución particular no podrían modificarse ni aun siquiera mediante la aceptación consciente del Derecho extranjero.

## II. Importancia de las Constituciones en el Derecho contemporáneo.

Si se observan las Constituciones actuales, se advierte lo siguiente: que en tanto unos Estados poseen un documento cons-

*una Norwegen*, en el *Handbuch des Öff. Rechtes*, especialmente págs. 13 y sigs., 63 y sigs. y 108 y sigs.

titucional, otros carecen de él. Los primeros hacen derivar la Constitución, ó del pueblo mismo—bien por las Asambleas populares, bien por las representaciones del pueblo—ó del príncipe, y otros las consideran como resultados de un pacto entre ambos elementos del Estado. La mayor parte de las Constituciones imponen formalidades que dificultan su modificación. Consisten éstas, en las Constituciones que descansan sobre la idea del poder constituyente del pueblo, bien en el acuerdo directo del pueblo, ya en la disolución de las Cámaras ó en la consulta de los electores, ó bien en la revisión por Cámaras convocadas especialmente para ello. De otra parte, las decisiones que tomen las Cámaras que hayan de modificar la Constitución, ha de llenar infinidad de requisitos extraordinarios, entre los cuales se cuenta la de una mayoría superior á la que ordinariamente se exige; existen además infinidad de combinaciones que juegan un papel importante, por ejemplo: Á menudo se requiere el acuerdo repetido en varias legislaturas consecutivas. Las formalidades que reviste la modificación de la Constitución en el imperio alemán son muy singulares. Estas modificaciones pueden ser acordadas en el *Reichstag* mediante una mayoría simple, pero pasan á la decisión del *Bundesrath*, el cual puede rechazarlas si catorce votos se muestran contrarios á la modificación. El valor y la significación de estos medios ha de ser objeto de examen en cada caso.

Existe, por el contrario, un número de Estados que poseen Constituciones escritas, y que no exigen formalidades que dificulten las modificaciones de aquéllas. Tales son Italia y España, así como algunos pequeños Estados alemanes (1).

El concepto de ley constitucional es totalmente extraño á los

(1) Sajonia—Meiningen, Sajonia—Altenburg, Anhalt, Reuss (la rama joven).

Estados que no tienen Constitución escrita, como Inglaterra y Hungría; pero aun en estos Estados existen ciertas leyes de una significación suprema, como acontece en Inglaterra con el *Bill of Rights* y el *Act of Settlement*, y, á pesar de las muchas lagunas jurídicas, la literatura inglesa habla de una Constitución y de una historia constitucional de su país.

Pero ¿cuál es el contenido de la Constitución en aquellos Estados que poseen una Carta constitucional? En general, la respuesta consiste en hacer notar que comprende aquélla los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos.

Pero no podría establecer, á pesar de sus exigencias, la propia teoría del Derecho Natural, un límite estricto entre las leyes constitucionales y las leyes simples. Aún menos puede esto mostrárnoslo la práctica constitucional; para comprenderlo así, basta echar una ojeada á las innumerables Cartas constitucionales que se han publicado desde hace un siglo. Hay muchas que no abarcan ni aun siquiera todo el Derecho Constitucional en sentido material (1). Además, en tanto que en unas se incluyen disposiciones minuciosas relativas al derecho electoral para la designación de miembros de las Cámaras y las for-

(1) Así, por ejemplo, la ley actualmente en vigor de 15 de Octubre de 1850 sobre la revisión de la Constitución de Sajonia-Weimar no menciona ni al príncipe ni á la dinastía. La Constitución del ducado de Anhalt la constituye pura y exclusivamente una Constitución del territorio. La Constitución de Baden no nombra la regencia, y las disposiciones en vigor en Austria y Hungría sobre de la mayoría de edad y la regencia no han sido publicadas. Entre las Constituciones francesas, la *Charte* no contiene ninguna disposición acerca de la sucesión al trono, y en cambio, las actuales leyes constitucionales de este país no mencionan los derechos fundamentales.

mas en que se han de llevar á cabo los asuntos parlamentarios, es en otras todo ello objeto de leyes especiales. En unas se contienen principios jurídicos relativos á la adquisición y pérdida de la nacionalidad, situación de los Municipios dentro del Derecho Público, y en otras, hay un silencio completo respecto á estos problemas. En unas se incluyen disposiciones minuciosas acerca de la Hacienda, de la organización de las autoridades del Estado, de la extensión de los derechos de libertad individual, y en algunas sólo algunas breves frases acerca de estas cuestiones. Á menudo coexisten disposiciones importantes con otras que carecen de todo valor (1), en tanto que, de otra parte, las reglas acerca de la organización del Estado es preciso ir las á buscar á veces en leyes simples. Existen grandes Estados cuya Carta constitucional es sumamente breve, y otros pequeños en que es muy extensa.

Esta imposibilidad de distinguir las leyes constitucionales de las simples de otra suerte que por signos exteriores, ha dado origen en nuestro tiempo, en los países de Constituciones escritas, á consecuencias singulares. Por desconfianza de las legislaturas y de las mayorías dominantes en ella, se ha sustraído á los Parlamentos un gran número de cuestiones de la legislación simple en los Estados miembros de la Unión americana, y se les ha atribuido á la legislación constitucional, entre ellas algunas que en Europa ni aun siquiera son objeto de leyes, sino de

(1) Véase las disposiciones de la Constitución del imperio acerca del *control* sobre las tarifas de los caminos de hierro (art. 45); la prohibición de la Constitución federal suiza de sangrar á los animales (art. 25) y el principio contenido en la Constitución prusiana sobre la competencia del Estado para garantizar á los maestros de las escuelas un sueldo fijo. (Véase Laband, *Archiv. f. öff. Recht*, IX, pág. 274.)

decretos (1). Á consecuencia de esta disminución en la labor legislativa ordinaria, las Constituciones de muchos Estados han llegado á ser pequeños Códigos, y en la mayor parte de ellos el período de sesiones anuales de la legislatura ha dejado de existir y sólo tiene lugar cada dos años. Como la legislación constitucional está sometida á formalidades difíciles y es necesario para llevarla á cabo el consentimiento del pueblo, resulta éste un medio adecuado para estabilizar las leyes y sustraerlas al arbitrio de las mudables mayorías. También desempeña un gran papel en este proceso de las Constituciones la consideración de que el juez puede declarar nulas las leyes simples, pero no las leyes constitucionales, á menos que vulneren los principios de la Constitución federal (2). Puede decirse que, prácticamente, no tiene límite alguno esta extensión de las Constituciones.

La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza como leyes, desde el punto de vista formal (3). En aquellos Estados en que las Constituciones ni por su fijación ni por su modificación se distinguen de una manera especial, carecen éstas de toda significación práctica en la vida del Derecho (4). Por esto, aquellos

(1) Véase Bryce, ob. cit., t. I, págs. 490 y sigs.; Oberholtzer, págs. 44 y sigs.

(2) Véase Jellinek, *Recht der Minoritäten*, pág. 20, n. 36.

(3) Laband, II, pág. 235, y *Archiv. f. öff. Recht*, IX, pág. 273. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pág. 262.

(4) Véase para Italia Mancini Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento Italiano*, Roma, 1887, págs. 165 y sigs. Véase además Brusa, *Das Staatsrecht des Königreichs Italien* (en el *Handbuch des öff. Rechts*), el cual, en la página 14, afirma que la Constitución puede modificarse mediante el procedimiento legislativo ordinario. De otra parte, acostúmbrase en Italia á llevar á cabo elecciones generales antes de modificar la Constitución, sin que esta consulta á los electores esté prescrita en ninguna ley.

Estados que no establecen distinción formal alguna dentro de las leyes, son más consecuentes cuando rechazan el nombre de documento constitucional para una colección de leyes. En estos Estados existe también un cierto número de instituciones fundamentales, á las que, por virtud de causas históricas, políticas y sociales, se les atribuye mayor firmeza que á otras. La situación de la corona, sus relaciones con las Cámaras, la reunión de éstas, las facultades de los ministros, etc., no están en estos Estados sometidos á mayores cambios que los que sufren en los países que poseen leyes constitucionales formales.

Atendiendo á la existencia ó ausencia de estas leyes, se han dividido las Constituciones, en su sentido material, en rígidas y flexibles (1); el grado de rigidez aumenta á medida que hay más dificultad para poner en movimiento el aparato modificador de las Constituciones. Los dos puntos extremos los representan la Constitución de la Unión americana y la inglesa. Tan difícil es la modificación de la Constitución americana, que en el curso del siglo XIX sólo se han hecho cuatro adiciones á la Constitución (2). Desde hace más de treinta años ninguna de las enmiendas presentadas ha llegado á ser ley. Esto plantea una cuestión, la de saber qué sistema es mejor, si el de las Constituciones rígidas ó el de las flexibles.

En defensa del primer sistema, que á causa de su origen

(1) Véase Bryce, I, pág. 361, y de este mismo autor, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, II, pág. 145 y sigs.

(2) En el primer siglo en que ha estado en vigor la Constitución de la Unión (1789-1889), nada menos que 1.736 enmiendas han sido presentadas, pero de ellas sólo han alcanzado fuerza legal 16; de éstas, las 10 primeras corresponden á la primera sesión del Congreso de 1789, véase Ames, «The proposed Amendments to the Constitution of the U. St. during the first century of its history. *Annual Report of the American Historical Association for the year*, 1896, II, pág. 307 y sigs.

puede denominarse americano, puede alegarse que favorece la permanencia de las Constituciones y protege á las minorías de la dominación inconsiderada de las mayorías absolutas. Son de grande importancia práctica estas formalidades que oponen obstáculos, especialmente allí donde faltan elementos retardatarios de la actividad legislativa ó de existir, carecen de fuerza. Los Estados monárquicos con sistema bicameral no han menester de estas medidas tanto como las democracias, y es muy característico del sentido político de los americanos que, no obstante tener el Senado y estar dotado de veto el presidente y los gobernadores, hayan elaborado todo un sistema de dificultades para la legislación constitucional. Se debe hacer notar que la institución democrática del *referendum* constitucional en los Estados miembros de la Unión americana, y en Suiza y sus cantones, significa, precisamente, un elemento retardatario. Las asambleas populares ejercitan en tales casos una función sancionadora, y por esto le corresponde tanto á él como á los monarcas el derecho de rechazar, el cual, políticamente, tiene más significación que el de otorgar el asentimiento. La experiencia ha enseñado que, mediante la votación directa del pueblo, es más frecuente rechazar las leyes que el que se les niegue en las monarquías mediante la sanción.

Por el contrario, el sistema inglés de las Constituciones flexibles tiene también sus ventajas, ya que en todo tiempo y sin dificultad puede adaptarse la legislación á las necesidades y relaciones existentes, y sobre todo, porque este sistema puede abrir el camino para que se reconozcan los obstáculos que oponen las leyes y se puedan llevar á cabo las modificaciones necesarias, en vista de las relaciones reales de poder entre los órganos superiores del Estado. Desde el año 1688 Inglaterra ha modificado profundamente su constitución material, y sin embargo, estas modificaciones no se han expresado en ninguna ley. El gobierno parlamentario del gabinete no sólo no ha sido

fijado en una ley, sino que las leyes que prohíben un gabinete junto al *Privy Council* del rey no han sido hasta ahora anuladas, sino que han caído en desuso, á causa de la fuerza creadora del Derecho consuetudinario constitucional, fuerza que ha sido reconocida en Inglaterra. Por esto consideran con razón los ingleses que su Constitución no escrita, que se adapta constantemente á las relaciones políticas y sociales, es un derecho realmente vivido, en tanto que en las Constituciones escritas, mientras más rígidas son ellas, mayor es el abismo que se establece entre el derecho vivo y la letra muerta de la ley.

Una cosa es indudable: que las Constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelva junto á ellas y contra ellas un Derecho Constitucional no escrito; de suerte, que aun en estos Estados, junto á los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material. Esto se verá más claro con los ejemplos que siguen:

En el imperio alemán el *Bundesrat* está formado por los representantes de los miembros de la confederación, á los cuales tan sólo corresponde, el derecho de presentar proposiciones al mismo. El emperador alemán no es miembro de la confederación en cuanto emperador sino como rey de Prusia. El canciller del imperio, si no es al propio tiempo mandatario de Prusia, no puede, según el texto de la Constitución del imperio, presentar ninguna proposición. El ministerio prusiano no puede hacer elaborar una gran parte de las leyes relativas al imperio, sino que las llamadas á ello más bien son las autoridades de aquél, que están sometidas al canciller. Por esto, una gran parte de las proposiciones se presentan por el *Präsidium* en nombre del emperador, esto es, mediante el canciller del imperio, al *Bundesrat*, y el número de las proposiciones hechas en nombre del emperador, supera á las presentadas en nombre de Prusia. Sólo de esta manera resulta garantida, así la independencia de Prusia, cuanto la del gobierno del imperio. De aquí que la constitu-

ción del imperio haya experimentado una modificación importante, sin haber sufrido ninguna en su texto (1).

En los Estados Unidos de América se lleva á cabo el principio de la separación de los poderes, de tal suerte, que ningún secretario de Estado puede asistir á las sesiones del Congreso. Así pues, toda relación oficial entre el Congreso y el Gobierno resulta imposible. Las dificultades de una situación tal son muy manifiestas. El Gobierno que se halla en posesión de un conocimiento amplio de las cuestiones que tiene que resolver, no puede hacer oficialmente declaraciones acerca de ellas. De aquí ha nacido la práctica de los Comités parlamentarios permanentes, á cada uno de los cuales corresponde un departamento del Gobierno. Mediante los presidentes de estos Comités, se ponen en relación los secretarios de Estado con el Congreso, presentan leyes, y la prohibición establecida en la Constitución de las relaciones entre el Congreso y el Gobierno queda modificada de este modo, lo que implica, sin duda alguna, un cambio constitucional (2). Las Constituciones rígidas, por consiguiente, no pueden evitar la formación de nuevos principios jurídicos constitucionales de carácter material. Al ejemplo antes citado, podrían añadirse otros muchos (3).

(1) Véase G. Meyer, pág. 435, n. 11; Haenel, *Studien*, II, página 42; R. Fischer, *Das Recht des deutschen Kaisers*, 1895, página 50. La opinión contraria, representada singularmente por Seydel, como hace notar G. Meyer con justicia, no está de acuerdo con las relaciones reales. La gran importancia práctica de la iniciativa del Emperador, la ha razonado también profundamente Laband, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, 1895, págs. 19 y sigs., no obstante negar su existencia jurídica formal.

(2) Boutmy, *Etudes*, págs. 150 y sigs.; Bryce, I, pág. 394; Woodrow Wilson, *Congressional Government, a Study in american politics*, 13 ed., Boston, 1898, págs. 114 y sigs., 262 y sigs.

(3) Para los Estados Unidos de América, véase Bryce, I, pá-

Un caso muy frecuente de modificación constitucional en las Constituciones llamadas rígidas es el que se lleva á cabo valiéndose de leyes simples ó resoluciones. En la mayor parte de los Estados donde no se asigna al juez el derecho de comprobar si las leyes concuerdan materialmente con la Constitución, no hay garantía alguna, por más que digan las teorías jurídicas, de que no se promulgue una ley que contradiga los principios del Derecho constitucional y modifique la validez jurídica de la Constitución. Muchos ejemplos de diversos Estados podrían comprobar este aserto. Por lo que respecta al imperio alemán, se podría mencionar, entre otros casos (1), el denominado cláusula de Frankenstein, mediante la cual la institución de la matrícula de la contribución está en contradicción con el art. 70 de la Constitución del imperio, porque es elevado á institución permanente y se opone al art. 38, ya que el producto de estos impuestos, con deducción de 130 millones de marcos, es entregado á los Estados particulares (2). Dada la modificación material que estas leyes hacen experimentar á las Constituciones, no hay garantía alguna de que se observen las formas prescritas para las transformaciones de la Constitución. Para modificar á su vez las leyes que ocasionen tal reforma, no se puede exigir de ningún modo que se siga el procedimiento de la modificación de las Constituciones (3).

ginas 359-399, que señala tres modos de cambiar la Constitución: enmienda, interpretación y elaboración mediante el poder del Estado y el Derecho consuetudinario.

(1) Laband cita innumerables, II, pág. 36.

(2) Véase Haenel, *St. R.* I, pág. 383; G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed. II, 1894, pág. 398, n. 8; Laband, *Wandlungen*, págs. 26 y sigs. La ley de 14 de Marzo de 1904, que modificaba esta Constitución, ha hecho desaparecer tal contradicción.

(3) Véase Laband, II, pág. 37.

No sólo mediante leyes, sino por sencillas resoluciones parlamentarias, puede llevarse á cabo una modificación constitucional. En las Constituciones flexibles donde la competencia de los órganos del Estado no está precisada de una manera taxativa, se puede crear un nuevo Derecho merced á las resoluciones parlamentarias. Por los *Standing Orders* y resoluciones de la Cámara baja inglesa, se ha llegado á modificar de una manera fundamental la situación de esta Cámara respecto á la de los Lores. De esta misma manera ha sido modificado á menudo el derecho electoral, negándose la elegibilidad de los jueces (1). Pero también con las Constituciones rígidas es posible, si bien dentro de límites mucho más estrechos, la creación por vía de resoluciones parlamentarias de una Cámara, de un derecho fundamental *praeter legem* y *contra legem*. La Constitución prusiana, por ejemplo, nada dice respecto al juramento de la Constitución por los miembros de la Cámara, y el reglamento de ésta declara, en cambio, que la negativa á prestar el juramento á la Constitución impide el poder tomar asiento en dicha Cámara (2). El reglamento de las dos Cámaras del imperio austriaco despoja del derecho de voto á sus presidentes, sin que la ley les autorice á ello (3). Como en estos casos no existe medio jurídico alguno para dar validez á las prescripciones constitucionales, resulta que, en tanto permanezcan en vigor estos reglamentos, crean normas de una naturaleza análoga á las leyes por las cuales la Constitución se modificara, pero sin que respetasen estas leyes las formas de la modificación de la Constitución.

(1) Véase May, *Treatise on the Law of Parliament*, 10.<sup>a</sup> ed., 1893, págs. 550 y sigs.; Hatschek, *Engl. Staatsr.*, I, págs. 366 y siguientes.

(2) Reglamento de 16 de Mayo de 1876, párrafo 6.<sup>o</sup>

(3) Reglamento de la Cámara de los Diputados de 2 de Mayo de 1875, § 64, y Reglamento para la Cámara de los Senadores, de 25 de Enero de 1875, § 53.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## CAPÍTULO DIEZ Y SEIS

### Los órganos del Estado.

#### I. Consideraciones generales.

Toda asociación necesita de una voluntad que la unifique, que no puede ser otra que la del individuo humano. Un individuo cuya voluntad valga como voluntad de una asociación, debe ser considerado, en tanto que subsista esta relación con la asociación, como instrumento de la voluntad de ésta, es decir, como órgano de la misma.

La idea de que las acciones de un hombre no sólo valen como acciones de tal, sino, además, como acciones de una Corporación á la cual pertenece, no nació primeramente en juristas que hubiesen alcanzado un alto grado de cultura, sino que corresponde, por el contrario, á un grado social rudimentario, cual es el de los pueblos salvajes, y aún hoy las concepciones populares están muy influidas por esta idea á causa del ascendiente que en ella tienen las nociones primitivas. Originariamente, toda acción con influjo exterior llevada á cabo por un miembro de un grupo social, se reputaba como acción del grupo mismo. El crimen cometido por un individuo se considera llevado á cabo por la familia, los parientes y la tribu á que pertenece el que lo ha cometido. Del propio modo acontece en las primitivas concepciones religiosas, según las cuales, la asociación se considera como una unidad de carácter religioso frente á los dio-

ses, los cuales le conceden la felicidad ó el castigo, y los pecados de los padres se transmiten á los hijos, y los actos de los individuos recaen sobre todo el pueblo. Durante largo tiempo se ha mantenido esta primitiva concepción en las relaciones enemigas de los pueblos civilizados, y á pesar de todas las atenuaciones del derecho y de la costumbre, continúa aún hoy siendo la guerra, en realidad, una forma de la responsabilidad de los individuos.

En la visión usual de la vida juegan un papel increíble aún las ideas primitivas de las acciones colectivas de los grupos sociales ejecutadas por sus miembros. Familias, razas, naciones, confesiones, clases sociales, profesiones, etc., son para muchos las inmediatamente responsables de las acciones de sus miembros. La individualización de los juicios de las acciones humanas ha sido siempre criterio de muy pocos.

Es indispensable tener siempre presente este hecho histórico y psicológico para comprender que, mediante la concepción de los órganos de las asociaciones, de ningún modo nos colocamos en el terreno de las ficciones jurídicas, el cual, en general, ha sido abandonado por la jurisprudencia. La idea de que la actividad de los grupos puede ser representada por los individuos, constituye el fundamento de la actividad asociativa y precede á toda jurisprudencia. El aspecto colectivo de las acciones humanas fué reconocido, en general, antes que el aspecto individualista. Cuanto más bajo es el nivel de cultura de una época, más amenazados se sienten de fuera los grupos y tanto más necesario es al individuo, para protegerse y conservarse, sentirse, como tal individuo, miembro inmediato de un grupo, y el exigir derechos, pero sólo en calidad de miembro de aquél. Es resultado de una revolución muy honda el que el individuo se sienta conscientemente igual al grupo y con un poder opuesto al de éste que debe ser reconocido con los mismos derechos. La síntesis, por consiguiente, que hacemos hoy al reconocer las existencias de unidades corporativas, descansa, no sólo en la refle-

xión científica, sino también en las formas originarias de la conciencia humana, hasta donde nosotros podemos conocerlas retrocediendo históricamente.

La evolución progresiva de las ideas jurídicas y políticas nos enseña á diferenciar de un modo necesario la actividad individual de la actividad colectiva. Al individuo, como tal, cada vez le son atribuidos más derechos individuales, y, por consiguiente, se ve sometido á una mayor responsabilidad individual (1). Junto á esta esfera de la actividad individual, existe también en los grupos organizados un círculo de acción de las asociaciones mismas. No es posible reconocer jamás una acción exclusivamente individual á los miembros de una asociación, sin hacer que peligre la asociación misma, pues la existencia de una voluntad humana inmediatamente atribuible á la asociación, es una nota esencial á la existencia de ésta.

Cuando en los tiempos antiguos ó en pueblos de un grado primitivo de cultura, se encuentran grupos organizados, ó sea lo que denominamos asociaciones, la organización principia siempre por un puro hecho. La primera reglamentación de una organización y la designación de un órgano, en una palabra, la conversión de la organización en una relación jurídica, no aparece sino en un estadio superior de cultura, lo cual no impide que las personas elevadas á órganos, ya por sus propios méritos, bien á causa de las costumbres, aparezcan, en virtud de

(1) Es muy interesante el advertir la separación progresiva que se ha ido estableciendo en el Derecho penal entre la responsabilidad individual y la colectiva. Así, por ejemplo, la división del Wergeld en algunas razas germánicas en Erbsühne y Magsühne: la primera la había de satisfacer el autor y pasaba á la familia del muerto, y la segunda, había de ser pagada por la tribu á la del difunto. Véase Schröder, *Rechtsgeschichte*, pág. 80.

la fuerza jurídica de los hechos, ante la conciencia jurídica primitiva, como los poseedores legítimos de la situación que ocupan. La afirmación repetida tan á menudo de que jamás se ha encontrado entre los hombres una situación que no sea Estado, tiene este aspecto de verdad: que los hombres siempre han vivido formando grupos sociales mejor ó peor organizados.

Pero la organización es un fenómeno infrahumano, se encuentra en un gran número de animales superiores. Los rebaños de animales de la clase de los mamíferos, no sólo viven en comunidad, como los insectos, dominados por los instintos, cuya psicología ha sido sobrestimada, sino que además forman grupos organizados. Brehm pinta del siguiente modo la vida social de los monos: En la horda, el más fuerte ó el más antiguo de los machos se erige en guía ó director. Esto no acontece por obra del voto general, sino después de una lucha muy encarnizada con los demás pretendientes, esto es, con los otros machos viejos... En cambio de esto cuida fielmente de la seguridad de su bando, y está en una constante actividad. Dirige su mirada á todas partes, no confía en nadie, y de esta suerte descubre casi siempre en tiempo oportuno el peligro que se presenta (1). La designación de vigías, que en casos dados puedan dar señales de alarma, existe en un gran número de estas hordas de animales.

Las formas múltiples de las organizaciones primitivas en la familia y en la raza, han tenido todas ellas sus causas ocasionales, causas que hoy no podemos fijar. Así, por ejemplo, nos es hoy imposible comprobar qué participación han tenido las distintas clases de supersticiones en las formas primarias de las relaciones sociales. Tan pronto como una forma de organiza-

(1) *Thierleben*, 3.<sup>a</sup> edic., I, pág. 47. Véase también Darwin, *Abstammung des Menschen*, I, pág. 95 y sigs. Ziegler, *Naturwissenschaft und Sozialdem. Theorie*, pág. 182 y sigs.

ción se fijó de un modo permanente, alcanzó en la conciencia de los miembros de esa asociación el carácter de una organización normal subsistente por el derecho. El primitivo carácter efectivo de la organización se muestra aún hoy en las revoluciones políticas, ó en los casos en que la Constitución no determina nada, por ejemplo: instauración de una regencia sin que esté prevista legalmente, ó cuando faltan las personas llamadas por las leyes, ó cuando se ha agotado una dinastía sin que con antelación se haya escogido una nueva ó bien la desaparición de todas las personas que pueden llamarse á una presidencia, sin que, conforme á la Constitución, sea posible una nueva elección durante el período presidencial. En ambos casos, tanto cuando está en oposición con el Derecho, como cuando no hay norma jurídica, nos hallamos con una nueva organización ú órgano nacido de un poder no legitimado según la Constitución, y con el cual, posteriormente, vuelve á solidarizarse de nuevo el orden jurídico.

Mediante la cultura, salvo los casos excepcionales antes mencionados, se enlaza indefectiblemente el proceso efectivo de la organización con las normas jurídicas, de suerte que la designación del individuo como órgano sólo puede tener lugar sobre la base de una designación llevada á cabo de acuerdo con el orden jurídico. Además, la competencia de los órganos y el modo como éstos han de exteriorizar su voluntad, las condiciones bajo las cuales pueden exigir para ésta, validez jurídica, necesitan estar determinada por los principios del Derecho. Es necesario un orden jurídico en todas aquellas circunstancias en que hay colaboración de varios órganos, y existe colegialidad de éstos cuando su voluntad necesita expresarse mediante un proceso jurídico de las acciones de una pluralidad de voluntades individuales.

La organización de hecho y la organización jurídica, incluso en las situaciones culturales en que predomina el Estado, pue-

den chocar, como lo prueban las asociaciones prohibidas y las agrupaciones para fines delictivos, las cuales, á menudo, tienen una organización muy complicada, pero carecen sin duda alguna de carácter jurídico.

Vamos á ocuparnos en las páginas que siguen de los órganos de la asociación más comprensiva y perfeccionada: de los órganos del Estado.

## II. Las distintas clases de los órganos del Estado.

De la propia naturaleza del Estado, esto es, del hecho de tener el carácter de una asociación organizada, se sigue necesariamente la existencia de órganos del Estado. Un Estado sin órganos es una representación que no puede psicológicamente llegar á existir, es decir, equivale á anarquía, por lo cual resulta una *contradictio in adjecto*.

El Estado moderno requiere una pluralidad de órganos. Ordenarlos y reducirlos á tipos fijos, es una necesidad que no puede menos de cumplir la ciencia.

### 1.—Los órganos inmediatos.

1. En todo Estado existen necesariamente órganos inmediatos cuya existencia es lo que determina la forma de las asociaciones, y cuya desaparición, ó desorganiza completamente al Estado, ó lo transforma fundamentalmente (1). Tales órganos se llaman inmediatos, porque su carácter de órganos es una con-

(1) Véase *Gesetz u. Verordnung*, pág. 206 y sigs. Gierke concibe de otro modo el concepto de órgano inmediato: él comprende bajo esta denominación aquel que no está subordinado á otro ni es responsable ante él, *Schmollers Jahrbuch*, VII, página 1.142. Pero los órganos inmediatos pueden ser también órganos responsables, como lo prueba, por ejemplo, la situación de los miembros de las Cámaras y la de los presidentes de las repúblicas.

secuencia inmediata de la constitución de la asociación misma. Es decir, que de cualquier suerte que se establezcan estas asociaciones, estos órganos no están obligados, en virtud de su cualidad de tal, hacia nadie, sino solo y de un modo inmediato con respecto al Estado mismo. Su situación radica en la organización de la propia asociación, á tal punto que, sólo mediante ellos, puede la asociación advenir activa (1).

Órganos inmediatos pueden ser los individuos. Un solo hombre puede reunir en sí todo el poder del Estado, con exclusión de las demás personas. El tipo del Estado que sólo tiene un órgano inmediato, es la monarquía absoluta; pero también puede existir un colegio de personas físicas, y ser un órgano inmediato al que corresponda el mismo poder que al monarca absoluto; así acontece en todas las formas de república, tanto en aquellas en que domina una pequeña minoría, cuanto en aquellas en que la autoridad corresponde á la democracia absoluta. Son además órganos colegiales inmediatos los Parlamentos (2). Los

(1) Véase *Gesetz u. Verordnung*, pág. 207 y sigs.

(2) Que los partidarios de la teoría del dominador (*Herrscher*) nieguen la naturaleza de órgano al Parlamento, es muy natural; también Zorn, *Literaturzeitung*, pág. 882, el cual está muy próximo á esta teoría, niega á la representación del pueblo alemán, teniendo en cuenta sus orígenes, la propiedad de órgano inmediato. ¿Por qué no habían de poder crear los monarcas absolutos, en virtud de su poder, un órgano inmediato que proveyese en lo futuro á cuestiones cuya competencia le fuera encomendada? Los hechos jurídicos de carácter histórico deben servir para esto, á saber: para hacer comprender la medida, pero no para hacerla ininteligible. Este último sostiene una doctrina, según la cual, la actual actividad parlamentaria es concebida como una desviación del poder monárquico. La doctrina que prevalece hoy es aquella que considera las Cámaras como órganos inmediatos del Estado. Véase entre la literatura moderna Anschütz, *Encyklopädie*, II, págs. 551-559.

miembros de tales colegios tienen siempre el carácter de órganos, y en este sentido ostentan la propiedad de órganos parciales. Pueden poseer también, finalmente, las asociaciones el carácter de órganos inmediatos. El caso más importante relativo á esto es el Estado federal, en el que los Estados particulares que lo forman son al propio tiempo órganos del Estado que resulta de la unión.

Los órganos inmediatos nacen, ó porque el orden jurídico enlace de un modo directo la cualidad de órgano á ciertos hechos jurídicos, como aconteció con el monarca al descender de una determinada persona, por su situación en el orden de la sucesión, ó por haber desaparecido el último que ocupara el trono. El carácter de órgano en el miembro votante de una comunidad popular de un Estado organizado democráticamente, es un hecho que depende del sexo y de determinadas condiciones de edad, etc., que la Constitución precisa. En ocasiones, es necesario un acto particular, ordenado por el Derecho, para la producción de un órgano de naturaleza jurídica. Por último, las personas que llevan á cabo los actos de creación son ellas mismas órganos: *órganos de creación*. Estos órganos sólo pueden ser activos conformándose con un proceso prescrito por la Constitución. Sus acciones corresponden á los fundamentos materiales del orden del Estado. Los órganos de creación de los órganos inmediatos tienen ellos mismos este carácter, y su actividad creadora puede adoptar múltiples aspectos. Hasta que Pablo I hubo de publicar la orden de sucesión al trono, el emperador ruso nombraba, mediante testamento, desde la época de Pedro el Grande, á su sucesor, con lo cual funcionaba como órgano de creación del futuro titular de la corona. Todos los órganos creados mediante elección ó por nombramiento, han menester de una actividad creadora análoga á las antes mencionadas. Todas las monarquías electivas tienen necesidad de un colegio electoral como segundo órgano in-

mediato junto al soberano. El resultado político de esto es, que en todos los Estados que poseen varios órganos inmediatos, se establece una oposición entre el órgano electoral y el monarca, por existir en el órgano de creación la tendencia inmanente á alcanzar permanentemente superioridad política sobre el elegido, como acontecía en muchos reinos de la Edad Media y particularmente en las relaciones entre los príncipes electores y el emperador romano, sobre todo después de la Bula de Oro. Esta dependencia podía ser tan amplia, que sólo quedase al elegido una aparente existencia de órgano inmediato especialmente, si el colegio electoral se atribuía, frente al elegido, el derecho á deponerlo, ó si tenía este derecho. Pero también puede ser asegurada constitucionalmente la superioridad del elegido, como lo prueba la situación en que se encuentran en la Iglesia el Obispo respecto del Cabildo y el Papa con relación á los cardenales. Este último caso es extraordinariamente interesante, desde el punto de vista político, porque en el Estado-Iglesia, ambos órganos inmediatos, papa y cardenales, se crean recíprocamente, como acontece aún en la Iglesia.

La actividad de los órganos de creación está limitada jurídicamente—en tanto que ellos tienen este carácter de órgano—al acto de creación.

Una distinción análoga á esta de órganos de creación y órganos creados, é igualmente de importancia suma, es la de órganos primarios y secundarios. Órganos secundarios son aquellos que se encuentran, con respecto á otro, en relación orgánica y lo representan de una manera inmediata. El órgano primario representado, sólo puede exteriorizar su voluntad mediante el órgano secundario, y la voluntad de éste debe ser considerada como la voluntad inmediata del órgano primario.

Este tipo lleva en sí todo género de representaciones políticas. Los Parlamentos, cualquiera que sea la forma como se les elija, son órganos inmediatos, pero secundarios. Su voluntad

vale como voluntad del pueblo: esto es, como voluntad del órgano primario que representa. Esta representación será, á causa de su enorme importancia en los Estados modernos, y de las innumerables cuestiones que suscita, objeto de un capítulo especial.

Son órganos secundarios también aquellos que, en casos extraordinarios, intervienen para ejecutar las acciones de un órgano; por ejemplo: las regencias. Un órgano secundario puede estar además representado por otro; que, por este hecho, viene á ser como un órgano secundario de segundo orden. Ofrecen un ejemplo de esto las delegaciones del *Reichrats* austriaco y del *Reichtag* húngaro. Estas delegaciones son elegidas por ambos Parlamentos, y ejercen atribuciones legislativas para ambos países, dentro de la competencia que les confiere la Constitución. Como estas comisiones no están obligadas por instrucciones que les hayan sido dadas, ni han de dar cuenta á sus electores, se encuentran respecto del Parlamento en la misma relación en que se encuentra éste con relación al pueblo: son representantes de representantes.

Otra distinción importante es la que hay entre órganos *simples* y *potenciados*: es simple, el que por su cualidad misma de individuo se ve llamado á ser titular de un órgano; potenciado, aquel que lleva unido su cualidad de órgano de un modo permanente á la de ejercer funciones de órganos, de modo que reúnen en su persona jurídicamente varios órganos. Estos órganos últimos revisten distintas formas; en el Estado organizado por clases iba unida, por ejemplo, la posibilidad de tomar parte en la Dieta de los Estados á la cualidad de órganos: ser obispo, alcalde, rector, etc.; los dos vicarios del imperio eran, al propio tiempo, miembros del colegio de los electores. Era preciso, para formar parte de los *círculos* imperiales, ocupar un lugar entre las clases imperiales. Aun hoy es frecuente que sea necesario, para ser miembro de una Cámara, gozar de una determinada

cualidad de órgano. En los Municipios se requiere á menudo la condición de consejero para poder ser miembro de una junta.

Esta oposición de órganos, de que acabamos de ocuparnos, puede especialmente desempeñar un gran papel en el Estado federal y en la confederación de Estados, como se ve muy bien en el imperio alemán. La confederación de gobiernos, que está al frente del imperio, recibe su cualidad de órgano del mismo— como participadora en el poder del imperio— de su carácter de gobierno de los Estados respectivos. El rey de Prusia es, á su vez, emperador de Alemania, y su cualidad de órgano del imperio, descansa en su carácter de órgano supremo del Estado prusiano, siendo, por tanto, el título de emperador un anejo de la corona de Prusia. Por esto, para juzgar de las cualidades personales que ha de tener el titular del imperio alemán, no habrá de acudir al Derecho Político alemán, sino al prusiano. El rey de Baviera nombra los miembros bávaros del *Bundesrat*, y mediante ellos tiene seis votos en esta Cámara, ó sea, en virtud de su dignidad real, que le faculta para ejercer los derechos que le confiere la Constitución del reino de Baviera como miembro del imperio. Tiene, pues, el rey de Baviera, en el imperio, el carácter de órgano de éste, por ser el órgano supremo del Estado bávaro.

Otra división que se hace es la de órganos substantivos ó independientes y órganos dependientes (1). Organos independientes son aquellos que pueden exteriorizar una voluntad que tiene fuerza para obligar inmediatamente al Estado y á sus súbditos; en cambio, los órganos dependientes carecen de esta fuerza obligatoria. La voluntad de los órganos dependientes puede limitar, en cambio, la de los órganos independientes, de modo que sea necesario el consentimiento del órgano dependiente

(1) Véase *Gesetz und Verordnung*, pág. 207 y sigs.

para que tenga todo su valor jurídico el acto de voluntad del órgano independiente, ó que el acto de voluntad del órgano independiente tenga necesidad del consentimiento posterior del dependiente, de donde la negativa del consentimiento puede llevar consigo diversos efectos jurídicos. Este carácter es el que poseen, al menos las más de ellas, las Cámaras de los Estados alemanes, así como el *Reichstag* del imperio.

Por último, debemos hacer notar la distinción entre órganos normales y extraordinarios; esto es, aquellos que sólo en circunstancias extraordinarias entran en actividad. Este carácter es el que ostentan las personas investidas del poder supremo durante un interregno, tales como los regentes en las monarquías y los gobiernos provisionales en las repúblicas. Tienen el carácter bien de órganos inmediatos usuales creados y previstos por la Constitución, bien de órganos creados para casos concretos, lo que lleva consigo siempre una modificación constitucional.

2. La naturaleza de los órganos inmediatos muéstrase jurídicamente en que no pueden estar sometidos jamás al poder de mando de otro órgano de la misma asociación, esto es, que en lo que toca al contenido de su función, es completamente independiente; por esto el tipo más simple del Estado es aquel que sólo tiene un único órgano inmediato, y le sigue aquel cuyo órgano no se compone de órganos parciales, siendo, por tanto, una persona física. La monarquía absoluta es, pues, la forma más simple y rudimentaria del Estado, por lo cual es para muchos, aún hoy, la única completamente comprensible.

Si en un Estado existe una variedad de órganos inmediatos, son posibles dos casos: que todos sean independientes, ó que junto á éstos haya otros dependientes. Los órganos inmediatos independientes están siempre dotados de un poder de autoridad estatista, que falta á los órganos dependientes. En este caso, la relación de los órganos independientes con los depen-

dientes es clara y sencilla, correspondiendo á aquél el carácter de supremo. Cuando hay varios órganos independientes, el caso es muy otro, pues entonces se necesita establecer una limitación recíproca entre los órganos, ó de lo contrario, adviene inevitable una lucha política entre ellos, cuyo fin habrá de ser la aniquilación completa de unos por otros, ó la disminución del valor de algunos, de suerte que sólo les quede una existencia aparente, ó bien puede ocurrir que se conviertan en órganos dependientes, ó, por último, que varios órganos se fundan en uno. Los órganos independientes, coordinados, con competencia igual ó concurrente, amenazan siempre á la unidad del Estado, y no pueden por tanto coexistir á la larga. La diarquía romana de príncipe y Senado, el emperador del Sacro Imperio y la Dieta, el Parlamento y el rey de Inglaterra, ofrecen ejemplos de Estados en los que tales luchas de órganos se han llevado á cabo, y en los que el resultado ha sido menguar la capacidad de unos en beneficio de otros, lo cual no siempre ha alcanzado su expresión en una forma jurídica. En todo Estado existe el impulso por concentrar el poder en un órgano, pues todo órgano independiente pugna por alcanzar el poder supremo y sólo la oposición de los demás órganos, puede impedirle alcanzar éste su objetivo. En tales luchas logrará un órgano, al fin, ser el más poderoso, mas no por ello serán los otros totalmente anulados. Respecto á esto, no es posible formular principios generales; sólo existen relaciones concretas aplicables á Estados particulares. El ejemplo preeminente acerca de esta cuestión, nos lo ofrece la historia constitucional de Inglaterra, en donde se muestra la transformación gradual que se ha ido operando en la situación de la corona y de las Cámaras de los *Lores* y de los *Comunes*, no obstante haber permanecido sin modificación su organización externa.

Respecto á este punto, conviene afirmar de nuevo la oposición.

ción radical que existe entre el modo de considerar las cuestiones jurídica y políticamente. La exigencia política de que la unidad del Estado se manifieste también en la unidad de un órgano supremo, porque de este modo los conflictos interiores son más fáciles de prever, conduce á menudo al principio falso de que se necesita concentrar en un órgano todo el poder jurídico del Estado. Sólo aquellas teorías inexactas del Estado que identifican á éste con uno de sus elementos, el soberano ó el pueblo, son las que se ven conducidas á estas consecuencias á causa de las premisas falsas que les sirven de punto de partida. Pero la naturaleza de la doctrina corporativa del Estado rechaza enérgicamente esta afirmación, que en muchos no es sino un eco de la doctrina fatal de la doble soberanía: la de la *majestas realis* y *majestas personalis*.

Es exacto, sí, que el Estado necesita una voluntad única, pero no lo es que esta voluntad haya de ser la de un solo órgano. Si se conviene en que en las repúblicas el poder del Estado puede ser concentrado en un colegio, cuya unidad de voluntad procede de los actos voluntarios de varios individuos, no se ve la razón por la cual la unidad de la voluntad no ha de poder ser fundada en la de varios órganos, independientes unos de otros. Un ejemplo de esto ofrecen las ciudades alemanas de la Hansa, las cuales declaran expresamente en sus Constituciones que el poder del Estado pertenece, en común, al Senado y á los ciudadanos. Si en el sistema bicameral la voluntad del Parlamento representa una unidad formada por la voluntad separada de la primera y de la segunda Cámara, no se comprende por qué razón no habrían de poder constituir un acto de voluntad común el rey y el Parlamento, tal como lo hace la teoría oficial inglesa, para la cual ambos forman la unidad productora de la más alta voluntad del Estado. Además, es posible que la idea de la unidad del Estado no encuentre en las organizaciones estatistas una expresión suficiente; lo que por otra parte era lo que acontecía en los

Estados de la Edad Media, y aun en los Estados jerarquizados ó organizados por clases en la época moderna (1). La unidad del Estado es hoy aún la exigencia más importante y principal respecto á la organización de éste; pero no por ello, por ser un concepto necesario, dogma del Derecho Natural, se habrá de aplicar á todas las instituciones posibles del Estado. En los Estados que descansan sobre el principio de la división de poderes, hay casos que no pueden ser concordados con el principio de la unidad del mismo (2).

No es, pues, necesario que todo el poder del Estado adquiera su expresión en un solo órgano competente. Bajo el influjo de

(1) V. Merkel, *Fur. Enzyklopädie*, § 392; G. Meyer, *Staatsr.*, pág. 18; Haenel, *Staatsr.*, pág. 92; Rehm, *Staatslehre*, pág. 194, expresa esta misma opinión, pero trata de apoyarla en la doctrina de las formas mixtas del Estado, la cual principia á ser popular en la antigüedad con Platón, y especialmente mediante Polibio y Cicerón, doctrina que tuvo grande influjo más tarde. Ahora bien, las formas mixtas del Estado expresan una idea política y no jurídica, nacida para representar un Estado concreto como Estado normal. Así es como busca, Polibio en Roma y los nuevos apologistas de estas doctrinas ya en Inglaterra, bien en las monarquías constitucionales en general, la mejor forma de Estado, en una combinación justa de los tres elementos políticos: el monárquico, el aristocrático y el democrático. Esta doctrina lleva el sello característico de las especulaciones políticas abstractas, lo que fué ya advertido por Tácito, si bien de un modo deficiente. Toda teoría de una mezcla de tipos, implica una concepción superficial de éstos. En la literatura jurídica moderna se distingue entre formas mixtas de Estados, ó Estados que tienen varios órganos inmediatos, y los que sólo poseen uno. Véase H. A. Zachariae, I, pág. 86 y siguientes.

(2) Véase, respecto á los Estados Unidos, Bryce, I, 294: «There is in the American government, considered as a whole, a want of unity. Its branches are unconnected; their efforts are not directed to one aim, do not produce one harmonious re-

la doctrina del Derecho Natural, se ha introducido en las Constituciones el principio de que el poder total del Estado descansa ya en el pueblo, ya en los monarcas; pero estos principios no son normativos, sino de naturaleza teórica. El problema de la crítica científica consiste en probar su valor de verdad, del propio modo que las ciencias investigan con completa libertad acerca de la veracidad parcial ó total de otras definiciones legales. Pero aquí aparece de nuevo la doctrina de la doble soberanía, como causa de todas estas obscuridades. La concepción de que necesita haber en el Estado hombres á quienes por derecho corresponde la soberanía de éste, es una posición ideal que, no obstante las muchas contradicciones que encierra, ha sido aún abandonada de un modo consecuente por muy pocos (1); esto es nueva prueba de cómo perviven, en fuerza de la tradición histórica, concepciones que parecen superadas. No todos los que se burlan del Derecho Natural están libres de sus cadenas.

En el capítulo sobre las formas del Estado se encontrarán

sult.» [Considerado el Gobierno americano como un todo, se halla necesitado de unidad. Sus ramas carecen de conexión; sus esfuerzos no están dirigidos á un fin, y no producen, por tanto, un resultado armónico.]

(1) Véase *System der subj. öff. Rechte*, pág. 141, n. 6. En la literatura moderna esta concepción errónea está representada por Triepel, *Das Interregnum*, 1892, pág. 64 y sigs., 70; Zorn, I, pág. 88 y sigs., según el cual, el titular de la soberanía es la personalidad ideal del Estado, la cual debe transferir el ejercicio de la misma á una persona natural. Ahora bien, de qué modo ha de llevarse á cabo en general esta transferencia, resulta completamente incomprendible. Si Zorn hubiera de ser consecuente, habría de convenir de un modo franco y libre con la teoría de Seydel-Bornhak del dominador; pues la «personalidad ideal del Estado», no aparece en su concepción del Estado por parte alguna.

observaciones más minuciosas acerca de esta importante materia, observaciones que no hayan sido incluidas en el capítulo sobre la soberanía.

3. Otra teoría que está en relación con la que acabamos de refutar, y que se encubre bajo el manto de un principio jurídico, es aquella que considera que la existencia del titular del poder del Estado está sobre todos los órganos del mismo. Dicho titular es el Estado y no otro (1). Si se tiene en cuenta que en éste

(1) Esta doctrina está representada con toda claridad, por lo que al imperio alemán respecta, por Laband, I, pág. 95 y siguientes, el cual, no obstante, en la página 97, habla de los príncipes y Senados de las ciudades libres de Alemania como titulares ó tenedores de la soberanía. Rehm, *Staatslehre*, pág. 176 y sigs., exige con ciertas limitaciones, y no como considerándolo cual un concepto necesario, un titular del poder del Estado, titular que cree él encontrar en la persona ó personas físicas en que se exterioriza de un modo sensible y corporal la mayor parte del poder que compete al Estado. Pero, ¿se puede ver realmente el poder de éste? ¿No es más bien la corporeidad del poder resultado de una ilusión psicológica compleja? En las grandes repúblicas, especialmente, resulta muy claro que el pueblo organizado como titular de poder, no puede ser percibido sensiblemente. Con el poder del Estado acontece lo que con todos los conceptos jurídicos: que no son susceptibles de ser intuitivos: nadie ha visto una compra ni un arrendamiento, por muchas que sean las personas que participen de estos actos jurídicos. El concepto, titular del poder del Estado, es además para el Derecho Político de la mayor parte de los Estados sumamente dado á confusiones. Para las monarquías absolutas es para las que resulta inofensivo; para los demás Estados debe aplicarse el principio de Haenel, *Staatsr.*, I, pág. 93, según el cual la doctrina de la concentración jurídica de todos los derechos del poder del Estado en un órgano fundamental, descansa en una teoría política que está en contradicción con el Derecho Constitucional positivo. Cuando G. Meyer, *Staatsr.*, pág. 18, n. 10, hace observar que el concepto de titular del po-

existe un titular de tal poder, se divide á aquél, en la corporación, de un lado, y en el titular del poder, de otro, pues, ó es este titular, con relación al Estado, un órgano, en cuyo caso esta designación de titular nada dice, ó no es órgano, sino persona, y en este caso tiene él independencia frente al Estado.

der del Estado es una expresión jurídica para aplicarla á las Constituciones alemanas, según las cuales el monarca reúne en sí todos los derechos del poder del Estado, se le puede contestar que este principio sólo indica que los Derechos del monarca no son derivables de otro órgano, y que los derechos atribuidos á las Cámaras y á los municipios no tienen al monarca como titular. La crítica no tiene por qué detenerse ante los textos constitucionales, los cuales sólo son interpretables históricamente, método que el propio Meyer ha empleado á menudo con éxito. Posteriormente Anschütz, en la *Enzyklopädie*, pág. 472, y en la obra de G. Meyer, pág. 17, n. 6, dice que el titular del poder del Estado sólo es un órgano especial, esto es, aquel que en casos de duda sería el único competente para ejercitar tal poder; este parecer yo mismo lo he defendido hace algún tiempo, *System der Subjectiven öff. Rechte*, 1.<sup>a</sup> ed., página 141, n. 6. Véase 2.<sup>a</sup> ed., pág. 148, n. 6. Pero esta expresión induce á error, pues fácilmente nos lleva á considerar que existe un titular del poder del Estado, exterior al Estado mismo; parecer que en el fondo es el de todos aquellos que exigen un titular del poder total del Estado, aun cuando oculten esta convicción hablando de la naturaleza corporativa del mismo. Todo órgano es titular del poder que él puede ejercer de un modo substantivo, pues precisamente él representa el Estado dentro del círculo de su competencia; el ministro es el titular del poder que radica en la facultad de refrendar, el cual ejerce él según su sentido del deber y no en nombre del monarca; ó ¿es que se quiere declarar que ese acto del ministro es un derecho del titular de la totalidad del poder del Estado que es delegado en el ministro? Véase una crítica profunda y acertada de estas doctrinas en Lukas, *Die rechtliche Stellung des Parlaments*, 1901, pág. 64 y sigs.

En rigor, esto no es sino la resurrección modernizada de aquella oposición que tan conocida nos es entre *rex* y *regnum* (1).

Todo Estado necesita un órgano supremo. Este órgano es aquel que pone y conserva en actividad al Estado y posee el poder más alto de decisión. En todo Estado es necesario un órgano que dé impulso á la actividad total de aquél y cuya inacción habría de llevar consigo por tanto la paralización del Estado. Si el pueblo americano, por ejemplo, no ejercitase su función del voto en la Unión y en los Estados particulares, la consecuencia sería la desorganización completa de los Estados Unidos, pues se encontrarían sin Congresos, sin presidente, y, por tanto, sin los restantes órganos. De igual modo, en las monarquías típicas, es necesario la actividad del monarca para poner en movimiento al Estado y conservar su vida. Por último, es preciso un órgano al cual competa de un modo supremo el poder de decidir. Este poder es el que, de un modo definitivo resuelve sobre las modificaciones del orden jurídico, y desde el punto de vista exterior puede poner en juego la existencia de Estado en virtud del derecho de declarar la guerra. En las de-

(1) Por esto son consecuentes los partidarios de la doctrina de la dominación desde su punto de vista, al negar el carácter corporativo del Estado, y reconocer exclusivamente titulares personales del poder. No es sostenible la afirmación de H. Geffcken, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 1901, pág. 43, según la cual, el imperio alemán es una persona jurídica, cuyo poder compete de nuevo á otra persona jurídica: á los titulares de los poderes particulares del Estado, en cuanto corporación. Esta doctrina descansa en la confusión de los conceptos órgano y corporación, de la que está muy distante la teoría de la personalidad del órgano. Esto es tanto más de sorprender cuanto que Geffcken, en las págs. 84 y sigs., desenvuelve con mucho acierto la doctrina acerca de la naturaleza de los órganos del Estado.

mocracias, corresponde tal derecho al pueblo ó á sus órganos secundarios; en las monarquías, al monarca. En el imperio alemán los gobiernos de la confederación están sometidos al privilegio de uno de sus miembros, ó sea al órgano que preside la confederación (1). Si una determinada Constitución hubiera de tener dos órganos supremos iguales en poder, la consecuencia habría de ser una lucha permanente entre ellos, que concluiría con la victoria del uno ó la aniquilación del Estado. Muéstralo

(1) El rey de Prusia es órgano primario del imperio, el emperador de Alemania órgano secundario. El emperador representa á los gobiernos confederados del modo que determina la Constitución ó la ley; por consiguiente, no obra en nombre propio, ni es responsable ante ellos. Los gobiernos confederados ejercen el poder supremo, parte en comunidad, parte mediante uno de ellos. No es, pues, exacto considerar las facultades del emperador como derivadas (Seydel, *Kommentar zur Verf.-Urkunde des Deutschen Reiches*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 126). El propio poder del Estado en Alsacia-Lorena y en los territorios protegidos, lo ejerce el emperador como representante y no como mandatario. Esta concepción del imperio es la única que permite explicar completamente la situación del emperador en el Derecho Político alemán, sin que la unidad de la dirección suprema del imperio sea destruída. Anschütz, *Enzyklopädie*, II, página 548, dice que el principio (Constitución del imperio, artículo 17) de que el emperador ordena y decreta en nombre del imperio significa que obra en nombre de la patria común alemana. Se puede suscribir esta afirmación, pero no aclara nada la relación del emperador con los gobiernos confederados. Sólo explica la independencia é irresponsabilidad de éste, en la esfera de sus atribuciones, junto al órgano supremo del *Bundesrat*, mediante la concepción de que el emperador es el representante de la totalidad de los gobiernos confederados, en tanto que la concepción de que ambos órganos están coordinados, deja sin respuesta la cuestión del órgano supremo del imperio. Anschütz, coloca realmente en un mismo plano al emperador y al *Bundesrat*.

lo que aconteció con la diarquía romana y las luchas entre el príncipe y las clases sociales en la Edad Media y moderna.

Allí donde fuera de un órgano inmediato no existen sino mediatos, el órgano supremo es sin duda el primero. Cuando cooperan órganos primarios y secundarios, la unidad del órgano inmediato es protegida, en tanto que, conforme á la idea de la representación, aparecen los actos del órgano secundario como si fuesen del primario. La ley votada por las Cámaras de una república democrática, vale como contenido de la voluntad popular; esto es, como si el pueblo mismo la hubiese dado. Sin embargo, dentro de los órganos inmediatos puede existir un privilegio del primario sobre el secundario, cuando ciertos actos de éste tienen validez jurídica por la sanción de aquél. Este caso se da allí donde es necesario el consentimiento del pueblo para llevar á cabo las modificaciones constitucionales y de las leyes. Este sistema significa que la autoridad para acordar determinados cambios, esto es, el poder supremo de decisión, sobre todo, en lo que toca á la Constitución, corresponde al órgano primario, que, por consiguiente, adquiere la más alta representación dentro de la organización de los órganos supremos. Donde, por el contrario, el órgano primario se limita á votar y ejercita el poder que le corresponde mediante varios actos secundarios, como ocurre en las democracias representativas, necesita existir un órgano supremo precisamente á causa de las relaciones mútuas de estos órganos relativamente independientes unos de otros. Este órgano es el legislativo, al cual solamente compete el poder supremo de decisión. En Francia, por ejemplo, el más alto órgano lo forman las Cámaras frente al presidente, porque sólo á ellas incumbe las modificaciones del orden jurídico y toda la Constitución, incluso la existencia de la presidencia, depende de su voluntad ilimitada. En los Estados Unidos, en cambio, los órganos legislativos secundarios en unión con los primarios, son susceptibles de

modificar la Constitución, y ostentan el carácter de órganos supremos frente al Gobierno. Sin embargo, ante el Congreso el presidente es el órgano más alto, á pesar de la teoría del equilibrio de los poderes, y precisamente porque sólo por un gran tacto político se pueden evitar los conflictos entre estos poderes que descansan en el principio de la división y relación entre los mismos (1). Finalmente, allí donde hay dos órganos completamente independientes uno de otro, y no subsumidos en la unidad de un órgano primario, que es el caso de la monarquía constitucional, es el monarca el órgano supremo.

En toda ocasión en que exista una pluralidad de órganos inmediatos, no se podrá someter uno de ellos al *imperium* de otro. El monarca es el órgano supremo frente á las Cámaras, pero no puede ordenarles nada y éstas no son responsables ante él, quien puede ponerlas en actividad, pero no determinar el contenido de ésta. Lo mismo ocurre respecto de los órganos secundarios en sus relaciones con los primarios. El pueblo de los Estados Unidos elige al presidente como representante del poder ejecutivo, que primariamente compete á él mismo. No puede comunicar ningún mandato, no tiene ningún servicio, ni conoce ningún superior.

Del principio de la necesidad de un órgano superior puede hacerse una excepción en el Estado federal. En virtud del principio federativo, existe en los Estados federales democráticos, junto á la unidad constitutiva del pueblo del Estado federal, un segundo órgano primario superior, á saber: los Estados. El poder jurídico para modificar la Constitución, corresponde, en la Unión, á la legislatura de los Estados como órganos secundarios de la misma, y en la confederación suiza, junto

(1) W. Wilson, *Congressional government*, pág. 270 y sigs.

al pueblo helvético, al de los cantones. Por consiguiente, tanto los Estados como los cantones son órganos supremos del Estado federal, los cuales, en la Unión, llevan á cabo sus funciones, conforme á la Constitución, junto á los demás órganos supremos, y en Suiza, no sólo juntos, sino en colaboración con ellos. Este ejemplo muestra hasta qué punto puede ser dotado de una competencia limitada un órgano supremo.

## 2.—Los órganos mediatos del Estado.

Son órganos mediatos del Estado aquellos cuya situación no descansa de un modo inmediato en la Constitución, sino en una comisión individual. Son responsables y están subordinados á un órgano inmediato, directa ó indirectamente (1). Su actividad respecto á la colectividad es siempre derivada (2). Según su origen histórico, son individuos que, asociados, forman un órgano inmediato para la satisfacción de su actividad so-

(1) Por esto, el nombramiento de un órgano mediante otro, no es por sí solo, un signo necesario para que el órgano designado esté subordinado al designante. Por ejemplo: el presidente de los Estados Unidos nombra á los jueces de acuerdo con el Senado, pero aquéllos son completamente independientes de él y no ejerce el presidente sobre los mismos poder disciplinario. Un juez de la Unión sólo puede ser perseguido, en caso de faltar á los deberes de su cargo, por el Congreso y mediante acusación pública. Del propio modo, el Consejo municipal de Hamburgo es independiente de los ciudadanos, á pesar de haber sido elegido por ellos. K. Perels, *Studien zur Hamburgischen öff. Recht*, 1912, pág. 19.

(2) De esto no se sigue que el contenido de su actividad haya de derivarse necesariamente de la competencia de un órgano superior. Es de nuevo la falsa concepción de un doble titular del poder del Estado la que nos induce á considerar

cial (1). El fundamento jurídico de su función es, ó el deber legal de un servicio, ó el contrato de servicios de Derecho Público. El cargo mismo no descansa ya hoy en el libre arbitrio del señor respecto de sus servicios, sino en la ordenación del Estado, la cual lleva consigo una división de competencias.

También con los órganos mediatos del Estado cabe hacer muchas de las distinciones que hemos llevado á cabo con los inmediatos, repitiéndose la oposición entre órganos independientes y dependientes, simples y de competencia múltiple. Especialmente, la distinción primera es de gran transcendencia para cuanto se refiere á la organización de la autoridad y para la oposición entre autoridades simples y colegiadas y autoridades con ó sin *imperium*.

Es de una particular transcendencia la oposición entre órganos facultativos y necesarios, oposición que por vez primera ha aparecido en el Estado moderno. Órganos necesarios son aquellos que se instituyen por el jefe del Estado, conforme á la Cons-

necesariamente la competencia de los órganos mediatos, como contenida particularmente en la esfera de la actividad de los órganos supremos. Véase esta cuestión más ampliamente tratada en el capítulo XX.

(1) Preuss, *Städt. Amstrecht*, pág. 68, combate este principio, porque él lo refiere á la actualidad. En efecto, la primera edición de esta obra llevaba una errata y decía: *geschäftlich* en lugar de *geschichtlich*; pero si Preuss quiere referir la oposición entre órganos mediatos é inmediatos sólo al modo de su formación, entonces hace inexplicables los hechos jurídicos de subordinación y responsabilidad, la posibilidad de reemplazar, en una palabra, cuanto se refiere al carácter de instrumento (*ὄργανον*) de los funcionarios en relación con sus superiores, sin lo cual no puede existir ninguna administración ordenada. Desde este punto de vista, se haría completamente imposible una institución como la del ejército.

titución y á las leyes. En un amplio círculo de la actividad del Estado el jefe del mismo no decide, según su libérrima voluntad, si ha de nombrar ciertas autoridades y cuáles, sino que necesita nombrar á ciertas personas. Por consiguiente, tanto en las múltiples limitaciones á que está sometido el jefe del Estado mediante la necesidad jurídica de administrar de acuerdo con las autoridades, cuanto en el deber jurídico de dejarles obrar en su nombre en el círculo propio de las atribuciones de estas autoridades, radica una amplia limitación de la autoridad superior, limitación que en las monarquías y repúblicas con gobiernos parlamentarios puede llegar á la completa eliminación del poder del jefe del Estado.

En las monarquías constitucionales el lugar que se concede al ministro y al juez también significa una limitación del poder monárquico; por esto declara la concepción jurídica tradicional que en estos casos el monarca traspassa á otras personas la competencia que en principio sólo á él corresponde; mas esto no explica ni el carácter jurídico ni los efectos políticos de tales instituciones (1). Estas últimas se muestran en que, bajo el monarca ó junto al monarca, hay una burocracia dominante, que para el carácter político de la autoridad es indiferente que sea originaria ó derivada. En el juicio político sobre el valor de la monarquía, ha ejercido esto un grande influjo—aunque no se haya reconocido ó confesado manifiestamente—pues se han atribuido á la monarquía muchas notas favorables ó desfavorables, que en realidad dependen de la mayor ó menor burocracia de los Estados monárquicos.

Á los órganos mediatos que han de desempeñar una determinada función le ha encomendado un determinado círculo de

(1) Véase *System des subjectiven öffentlichen Recht*, pág. 186, 2.ª ed., y la literatura que se indica en la nota 3 de la misma página.

atribuciones, mediante leyes, decretos ó instrucciones. Estas actividades políticas, objetivamente consideradas, son también designadas como órganos, lo cual es admisible, pues ni los oficios ni las autoridades son susceptibles de concebir sin relación con los hombres. El orden y la organización de las funciones constituye en sí misma una parte esencial de la organización del Estado.

La oposición entre órganos inmediatos y mediatos se puede repetir en todas las asociaciones de Derecho Público; especialmente es de importancia en toda clase de Municipios. La comunidad municipal, la representación y las comisiones de aquella, son órganos inmediatos del Municipio, y los funcionarios de éste órganos mediatos. Otro tanto acontece con las innumerables asociaciones que ahora se crean mediante la moderna legislación de política social.

También para la organización del Estado son de importancia estos órganos inmediatos de las asociaciones subordinadas. Las mismas asociaciones, en tanto en cuanto en virtud de deberes de servicios impuestos por la ley, han de ejercitar determinadas funciones políticas en una relación de subordinación respecto al gobierno, adquieren el carácter de órganos mediatos del Estado. Tales obligaciones ó servicios los satisfacen estas asociaciones por obra de sus órganos inmediatos, y especialmente mediante sus comisiones. Estos órganos siempre le son propios, de aquí su carácter de órganos inmediatos de las asociaciones, y sólo de un modo mediato, esto es, en virtud de obligaciones que le son impuestas, cumple funciones estatistas. Esta es la razón de la distinción entre funciones inmediatas y mediatas del Estado, distinción que tiene grande analogía con la de órganos simples é inmediatos del Estado y órganos de múltiple competencia.

### 3.—La situación jurídica de los órganos del Estado (1).

Para conocer la situación jurídica de los órganos del Estado, es indispensable distinguir radicalmente entre el órgano y la persona titular del mismo. El órgano, como tal, no posee personalidad alguna frente al Estado. No existen, pues, dos personas, la del Estado y la del órgano (2), entre las cuales haya una relación de derecho, sino que Estado y órgano son más bien una unidad. El Estado sólo puede existir mediante sus órganos. Si se eliminan éstos, no nos queda el Estado como el titular de ellos, sino que sólo nos resta, jurídicamente, la nada. Por esta razón las relaciones de los órganos se distinguen de toda clase de representaciones; representantes y representados son siempre dos; la asociación y el órgano son y permanecen en todo momento en una misma persona.

El órgano representa al Estado, pero sólo dentro de una cierta competencia. Esta competencia puede, mediante los órganos,

(1) Véase Jellinek, *System*, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 143 y sigs., 223 y siguientes.

(2) Este concepto procede de Gierke, en *Schmollers Jahrbuch*, VII, pág. 1-143. *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtssprechung*, 1887, pág. 157. En un sentido distinto y de mucha importancia, Bernatzik, *Kritische Studien Archiv. f. öff. Recht*, V, págs. 213 y sigs. Para la personalidad del órgano, véase, aunque no es de gran profundidad, Spiegel, *Grünhuts Zeitschrift*, XXIV, pág. 181. Haenel, *Staatsrechts*, afirma que el círculo de los derechos públicos y de los deberes corresponde al órgano, pero no en calidad de derecho individual, sino de derecho orgánico profesional. La significación que este último concepto tenga no es explicada, sino que se limita el autor á ponerlo con letras bastardillas y espaciadas. Si Haenel con esto pretende separar estrictamente la competencia del órgano de la esfera jurídica individual, entonces coincidirá con la doc-

llegar á encontrarse frente á frente, esto es, puede haber lucha entre los órganos acerca de los límites de su competencia, y esta competencia puede sustanciarse en la forma de un procedimiento judicial, pudiendo el Estado asignar á sus órganos el papel de partes. Jamás los órganos advienen personas: jefes de Estado, Cámaras, Autoridades no tienen nunca personalidad jurídica; la única y exclusiva corresponde al Estado. Todas las cuestiones jurídicas suscitadas entre ellos, son cuestiones de competencia nacidas dentro de un sólo sujeto de Derecho. Por lo tanto, son cuestiones de derecho objetivo, no de derecho subjetivo (1).

El órgano no tiene derecho alguno y sí sólo competencia política (2); de suerte que ésta no puede constituir un derecho de

trina que aquí se expone. O. Mayer, II, pág. 395, n. 2, arguye contra nuestra teoría, que la separa del representante, un contenido de voluntad, y éste no le necesita. Pero esto no es una objeción sólida; el Estado sólo necesita la voluntad que haya de representar la suya; pero él no puede obtener esta voluntad sin tomar al hombre que totalmente la representa. Así es que la disyunción de esta voluntad de la del Estado, sólo puede hacerse mediante una operación lógica y no, digámoslo así, quirúrgica.

(1) El uso lato del lenguaje es causa de que hablemos á menudo de derechos del Estado, Cámaras, Autoridades, lo cual no podría evitarse sin incurrir en pedantería, pues la terminología no siempre va ceñida al progreso del conocimiento científico. El uso del lenguaje no inducirá á error en este caso, si se tiene presente que el sujeto de todos estos derechos no es el órgano que ejecuta, sino el Estado. La oposición entre la competencia política y el Derecho subjetivo ha sido puesta de manifiesto con mucha claridad por Anschütz, *Enzyklopädie*, II, pág. 565 y sig. y 579.

(2) Claro que es preciso distinguir en la actividad de titular de órgano entre lo que le corresponde como individuo y lo que le compete como órgano, pues ambos órdenes de activi-

personalidad para el órgano. La competencia estatista como derecho propio de la persona implica, ó una división del Estado, ó la afirmación de un orden jurídico superior á él; pues este derecho propio, ó procede del orden jurídico estatista, y en este caso el Estado tiene ante sí un segundo sujeto, ó de un orden anterior ó superior al Estado; en otros términos: en una teoría insostenible fundada en principios de Derecho Natural. Mediante un conocimiento exacto, desaparece igualmente la doctrina del derecho, propio del monarca, al poder del Estado. Tal poder pertenece á éste, y el monarca, como tal, sólo es, en el orden estatista moderno, el órgano supremo de aquél.

El individuo, por el contrario, puede tener su derecho á ocupar el lugar de órgano; esto es, al reconocimiento de órgano y á que se le admita á llenar las funciones de tal. Esta exigencia compete á todas las personas que, conforme al derecho, están llamadas á ser titulares de un órgano inmediato: monarca, presidente electivo, miembros de las Cámaras, del cuerpo electoral en las democracias inmediatas, de los colegios electorales en los Estados con constitución representativa, etc. El orden jurídico regula de dos modos la situación del órgano: describe á éste en sus funciones y en sus relaciones mutuas, y da normas sobre los derechos y deberes de los individuos con relación á los órganos. La ordenación de esta organización sólo estatuye

dad se entrelazan. No todo lo que un titular de órgano ejecuta en nombre del Estado es un acto estatista, como he hecho notar en mi obra *System*, pág. 224, y en esta misma obra, en el volumen I, 328 y sig. Al Estado son atribuibles todos los actos de *imperium* y de la libre actividad directora, en tanto que, por el contrario, toda actividad subordinada al Estado, de la cual no puede ó no quiere determinar el contenido, es actividad individual. Sólo se puede imputar al Estado *el qué* no *el cómo* del acto. Las objeciones que Spiegel (ob. cit., pág. 179) opone á esta doctrina, más que refutarla, lo que hacen es confirmarla.

derechos objetivos, en tanto que la ordenación de su función estatuye también derechos subjetivos.

La situación del órgano tiene siempre, naturalmente, como titular á un individuo, que jamás se puede identificar con el órgano mismo. Estado y titular de órgano son, por tanto, dos personalidades separadas, entre las cuales es posible y necesaria una pluralidad de relaciones jurídicas. Así por ejemplo, los derechos y deberes de los funcionarios frente al Estado no son derechos y deberes del órgano, sino del titular del órgano. La retribución la recibe el titular del órgano, no el órgano; del propio modo que las penas disciplinarias se imponen á aquél, no á éste (1).

Sólo es capaz de explicarnos la continuidad de la vida del Estado la separación entre el derecho individual y el del órgano, la cual es conceptualmente necesaria desde el punto de vista de la personalidad de aquél. De cualquier modo que se conciba la competencia del órgano como derecho individual, dado el cambio de las personas, necesariamente se rompe el nexo de las relaciones estatistas. Si el monarca, como individuo, tiene un derecho personal al poder del Estado, entonces surgen de nuevo las cuestiones relativas al orden patrimonial del Estado, por ejemplo, la de si se encuentra obligado por las

(1) La inexactitud de las observaciones de Schlossmann, *Organ und Stellvertreter* (*Flerings Jahrbücher für das Dogmatik des bg. Rechts*, 2.<sup>a</sup> serie VIII, 1902, pág. 301) descansa en la identificación de órgano y titular del mismo, y Schlossmann cree que, desde nuestro punto de vista, serían imposibles relaciones jurídicas entre personas jurídicas y órganos. También el profundo ensayo de Preuss, para resucitar la personalidad del órgano (*Schmollers Jahrbuch*, 1902, págs. 557 y sig.; *Städtisches Amtsrecht in Preussen*, 1902, págs. 9 y sigs. 56 y sigs., y *Flerings Jahrbücher*, 1902, págs. 432 y sigs.), se funda esencialmente en la indistinción entre el órgano y su titular.

acciones de gobierno de sus antecesores, por las leyes que sancionaron los que le precedieron. Las funciones que él lleva á cabo son permanentes sólo en el supuesto de que el titular de la corona sea, no la persona física del rey, sino éste en cuanto institución (1).

Este conocimiento no es nuevo. Ya los últimos legistas vieron con entera claridad que la persona del soberano podía morir, mas no la dignidad, que por su naturaleza es inmortal (2). Los Estados en que la idea de Estado, desde larga fecha, vino á encarnarse en el rey, lo han introducido también en el sistema de su Derecho Positivo. Los franceses conocían desde antiguo la *paromía*: *Le roi ne meurt pas*, y en los tiempos modernos la doctrina jurídica inglesa es la que ha afirmado la perpetuidad del rey, distinguiendo la persona de éste de la realza. Blackstone ha dicho: «Enrique, Eduardo ó Jorge pueden morir, pero el rey sobrevive á todos ellos» (3). Jamás se habla en las

(1) Lukas, ob. cit., págs. 17 y sigs., propone una doctrina especial para explicar las relaciones entre el órgano y el titular del mismo. El órgano es para él impersonal y carece de voluntad; es la institución abstracta en oposición á las personas físicas, las cuales obran en el sentido que les determina la institución abstracta. Estas instituciones existen en todo tiempo, incluso cuando faltan las personalidades concretas que ejercitan las funciones de los órganos, por ejemplo, el Parlamento después de su disolución. Mas como el Estado sólo obra mediante la totalidad de las instituciones, y éstas carecen de voluntad, según Lukas, el Estado mismo es, por consiguiente, una institución sin voluntad é incapaz de obrar, y, por tanto, no es persona. Esta teoría se reduce, pues, á una nueva aplicación de la antigua teoría de la persona *ficta*.

(2) Es especialmente famosa la frase de Baldus, *Consilia*, I, Cons. 27, Cons. 159, n. 4. *Imperator in persona mori potest, sea ipsa dignitas officium Imperatoris est immortale*.

(3) Henry, *Edward, or George may die; but the king survives them all*, I, 7, pág. 243.

leyes inglesas de la muerte del rey; sólo se habla de *demissio regis vel coronae*, expresión que indica meramente una transferencia de propiedad. Para explicar la continuidad del órgano, abstracción hecha del cambio de las personas, ha nacido en Inglaterra una teoría singularísima llamada de la *sole corporation*, ó sea de la corporación, la cual sólo tiene en cada momento un miembro vivo, que forma con los miembros que le siguen una unidad. El rey está designado expresamente como una *sole corporation* (1).

Aquel que está habituado á considerar el reino de la vida política, encontrará difícil separar el derecho individual de la competencia del órgano. Para la suerte del Estado, son de gran importancia las personalidades que cumplen como órganos, y sería hasta risible pretender medir con nuestros pobres conceptos de órgano del Estado figuras como la de Federico el Grande ó Bismarck. Para comprender en su complejidad histórica la existencia del Estado, no basta el estudio aislado del Derecho Político, sino que es necesario el estudio completo de la Ciencia del Estado.

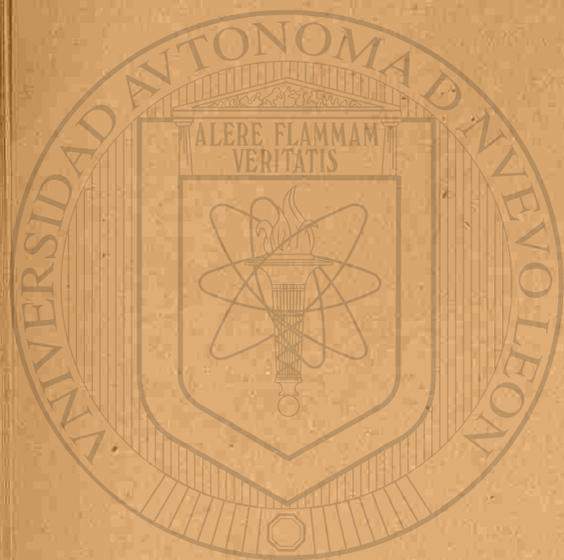
Lo que es aplicable á los hombres más eminentes, puede decirse también—aunque no con el mismo alcance—de todos los titulares de los órganos del Estado. Es necesario psicológicamente que el empleado se sienta tan identificado con su función, que llegue á estimar sus poderes ó obligaciones como derechos. Las cuestiones de competencia, tan frecuentes, se explican en último término por sentimientos de esta clase. Bismarck, con su conocimiento insuperable de la vida real política, hablaba á menudo del sentimiento de independencia y particularismo «de que estaban animados en su esfera cada uno de los ocho Estados federales ó ministerios, y aun cada uno de los Con-

(1) Blackstone, I, 18, pág. 469. Véase además Hatschek, *Engl. Staatsrecht*, I, págs. 61 y sigs.

sejos» (1). Hace resaltar justamente las malas consecuencias de estos resortes de particularismo, que socavan en cada ministro el sentimiento de responsabilidad solidaria con la política general. No es, pues, un concepto vano de la jurisprudencia, dado el aspecto práctico de la vida, aquel mediante el cual pretendemos separar manifiestamente el derecho individual y la competencia del órgano. Este principio jurídico, como toda regla verdadera de derecho público, muestra más bien el camino para la conservación de ciertos beneficios importantes del Estado.

Suscitaría menos cuestiones y errores este punto si fuera posible regular como deber la competencia de los órganos. Si la afirmación, tan á menudo repetida, «los derechos públicos son deberes públicos» es en algún momento acertada, lo es sobre todo cuando se trata esta materia. Para los más altos é importantes deberes no es aplicable la forma imperativa, porque ninguna ley puede determinar las circunstancias en que necesitan ser satisfechos. Es imposible revestir de forma imperativa la sanción de la ley ó la decisión de la guerra y la paz. En la actividad de todo órgano supremo existe un elemento libre, que no puede ser expresado en forma de deber y sí solo en la de facultad. De aquí que todos estos derechos sólo sean deberes para cuyo cumplimiento se está autorizado. Cuanto más elevada es la situación del órgano, tanto mayor es el círculo de tales derechos, y más fuerte también el sentimiento de responsabilidad del que reconoce, abstracción hecha de la obscuridad de las teorías, que el poder que ha colocado en sus manos el Estado no le es propio, como persona privada, sino como miembro director del todo.

(1) *Gedanken und Erinnerung*, II, pág. 272.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

## CAPÍTULO DIEZ Y SIETE

### La representación y los órganos representativos.

1. Se entiende por representación la relación de una persona con otra ó varias, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona.

A primera vista la relación de representación parece idéntica á la de órgano. Á menudo, tanto en el lenguaje de las leyes cuanto en el de la ciencia se usa una expresión por la cual se atribuye á los órganos la facultad de representación del Estado y otras corporaciones, especialmente en las relaciones exteriores. Mas en estricto sentido se entiende por representación la relación de un órgano con los miembros de una corporación, á consecuencia de la cual representa, dentro de la corporación, la voluntad de estos miembros. Los órganos representativos son, por consiguiente, en este sentido órganos secundarios, ó sea órganos de otro que es órgano primario. Este tiene su propia voluntad en lo que respecta á la competencia del órgano secundario, en la voluntad de éste, y fuera de ella, no conoce voluntad alguna. El órgano primario no tiene poder sino para expresar de un modo inmediato su voluntad, en cuanto ésta sea una facultad especial que le compete. El caso más frecuente en esto, es el de la designación del órgano secundario mediante elección.

La idea de la representación es meramente jurídica. Los con-

ceptos técnicos aplicables á ella no encuentran en los hechos reales que les sirven de fundamento elemento alguno en que pueda reconocerse su peculiaridad psicológica y social. Estos conceptos no constituyen normas de conocimiento, sino normas de juicio de lo dado con relación á determinados fines jurídicos. Por esto el sistema representativo está también grandemente expuesto á ataques vivos, y se le considera engañoso y meramente aparente; ataque que sólo está justificado, si se prescinde de la profunda distinción que existe entre el mundo de los conceptos jurídicos y el de los hechos reales. Rousseau, que trabajó preferentemente con abstracciones y ficciones jurídicas, ha sufrido precisamente, en este punto, una confusión y sobre ésta ha fundado su conocida teoría de la imposibilidad de la representación del pueblo, que obedece á no distinguir el aspecto jurídico de la cuestión del psicológico (1).

De otra parte, tal vez no haya punto alguno en la doctrina del Estado en que las ideas jurídicas hayan brotado tan fuertemente de las convicciones generales sin ser objeto de reflexión por la sociedad. A esto ha conducido también la confusión entre los hechos jurídicos y reales, la que ocasiona frecuentemente errores fundamentales acerca de la valoración del sistema representativo.

El punto de partida que se suele adoptar es el de que las acciones de un miembro particular de un grupo son atribuibles á éste y, por tanto, á todos los individuos que lo componen. El asesinato cometido por el miembro de una tribu es imputado á la tribu misma y por consiguiente, á todos los miembros de ella, contra los cuales se puede ejercitar la venganza en su cualidad de representantes de todos los miembros de aquélla. No sólo la idea de las relaciones de órganos, sino también la

(1) «La volonté ne se représente point: elle est la même ou elle est autre: il n'y a point de milieu.» *Contrat. soc.*, III, 15.

de representación, corresponde, ciertamente, al primitivo inventario de las intuiciones jurídicas humanas.

La construcción jurídica ha desconocido este hecho durante largo tiempo, ó, al menos, no lo ha apreciado justamente. Hasta que no se encontró el concepto del órgano jurídico se intentó poner en claro las relaciones antes dichas, mediante analogías de Derecho Privado, valiéndose del concepto de la representación y del mandato. Nunca ha faltado totalmente una reflexión exacta, si bien sólo en los tiempos modernos se ha llegado á conseguir una apreciación justa del problema. Es muy fecundo en enseñanzas el estudio de la prehistoria de las ideas modernas, la cual vamos á trazar á grandes rasgos.

2. A las afirmaciones, repetidas más á menudo, respecto al Derecho de los antiguos Estados, se suele añadir la de que les era completamente extraña la idea de la representación (1). Pero esto sólo es exacto con relación á la actividad de los órganos supremos de las repúblicas: la asamblea popular y el Consejo.

Allí donde puede actuar la propia asamblea del pueblo no existe la necesidad interna de una representación, y, por tanto, faltó el motivo histórico para que nazca. En la propia federación

(1) Rehm, *Geschichte*, pág. 114, quiere ver en distintos pasajes de Aristóteles (*Pol.* IV, 1298, b. XXVIII y sig. y VI, 1318, a. 11 y sig. y 25 y sig.) la primera explicación sistemática de la finalidad del sistema constitucional y representativo; pero esto es servirse de una idea jurídica moderna y aplicarla en el pasado á intuiciones puramente políticas. Si Aristóteles propone para la democracia el voto de clases descansando en el censo, y de este modo la designación de las autoridades por la asamblea, esto no indica que él piense en una representación de los electores, sino que indica el principio practicado en los Estados griegos, de la elección de autoridades por otras autoridades elegidas. Novedades políticas de tanta importancia como la idea de representación, no han de buscarse en un camino literario

de las ciudades griegas, donde en vez de la ciudad es una asamblea federal la que actúa, no tiene cabida la representación, sino que más bien cada ciudadano de los Estados particulares goza del derecho de voto en la *eclesia* de la federación (1). Pero cuando queda excluida la reunión general del pueblo, entonces, tanto en Grecia como en Roma, vemos aparecer con toda claridad, para los actos que es preciso llevar á cabo, la idea de la representación.

Las acciones de los magistrados realizadas en el círculo de su competencia, son consideradas, independientemente de toda teoría jurídica, como acciones del pueblo mismo, que obligan á éste y le hacen contraer deberes. El mandato jurídico público concedido al magistrado, autoriza á éste á ejecutar las acciones que caen dentro del círculo de su actividad, y en tanto que no exista una ley coactiva puede hacerlo discrecionalmente (2). Una vez que hubo desaparecido, en la época del

ni en el de la especulación, sino en la larga labor histórica de los pueblos. Se ha querido ver también una suerte de representación en las asambleas provinciales establecidas por Roma en la época del imperio. Especialmente se ha considerado así la asamblea de las tres Galias: «una representación general organizada» (Mommsen, *Römischen Geschichte* V, 2.<sup>a</sup> edic., 1885, página 85). Pero tampoco pueden ser consideradas estas creaciones artificiales, con sus miserables facultades, como una representación de la nación frente al soberano, en el sentido que posteriormente ha tenido.

(1) Véase Freeman, *History of federal Government*, I, 1863, págs. 212 y 266; Busolt, ob. cit., págs. 82 y sigs., 344, 356 y sigs. y 370; Szanto, ob. cit., págs. 189 y sigs. Este hecho probado, no obstante algunas contradicciones á que ha dado lugar (M. Dubois, *Les ligures achéenne et étolienne*, págs. 127 y sigs.), muestra mejor que ningún otro argumento cuán lejos estaban los griegos de la representación parlamentaria.

(2) Mommsen, *Abriss*, pág. 82; *Staatsr.*, I, 3.<sup>a</sup> edic., págs. 76 y sigs.

principado, la idea de la responsabilidad de las altas magistraturas, arraigó la convicción, expresada por Ulpiano, de que el príncipe había vindicado para sí todo el derecho del pueblo, y era, por tanto, el representante único del *populus*. Esta idea de la absorción de la representación reaparece más tarde en la Edad Media, y aún desempeña después un gran papel en la historia del absolutismo moderno. Con la misma claridad llegó á formularse en la época del principado y el imperio, la doctrina de que la representación del Estado en el exterior corresponde al representante, y que éste obliga en virtud de ello inmediatamente al Estado. *Imperator foedus percussit; videtur populus romanus percussisse et continetur indigno foedere* (1). Así como en el Derecho Privado romano jamás se logra alcanzar la idea de la libre representación, en el Derecho Público podríamos decir que se consigue esto por la fuerza natural de los acontecimientos. Así es como el Senado, una vez desaparecidos los Comicios, adquiere para los romanos un valor representativo, de igual suerte que los Senados de los Municipios. Pero esta relación no ha llegado á una completa elaboración jurídica, ni se ha visto de un modo claro y científico; nació por necesidades de la vida política, anteriores siempre á los actos de Derecho Público, y aun productores de ellos. Pero es interesante considerar cómo la jurisprudencia fija el nuevo hecho, y no es, sin embargo, capaz de darle el lugar que le corresponde con sus ideas tradicionales. Pomponius dice: *Deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicae ad Senatum deduxit* (2), y las Instituciones dicen en un pasaje (3) que cuando fuese imposible

(1) Séneca, *Controv.*, 9, 25; Mommsen, *Staatsrecht*, I, páginas 234 y sigs.

(2) L. 2, § 9. *D. de orig. iur.*, I, 2.

(3) § 5. *Inst.*, I, 2. Comp. Gierke, *Genossenschaftsr.*, III, página 48.

reunir al pueblo para los fines de la legislación, *aequum visum est Senatium vice populi consuli*. Pero ni aquella *necessitas* ni esta *aequitas*, han sido reconocidas en su peculiaridad jurídica. Y sin embargo, incluso cuando el Senado monopolizó el derecho del pueblo, pervivió la idea del derecho supremo del pueblo; del *Senatus populi romani* de la primitiva república, se pasa al *Senatus populusque romanus* de los últimos tiempos de ésta y al del imperio, bajo cuya fórmula se oculta la idea de que el Senado además representa á la comunidad de los ciudadanos (1).

De un modo enteramente distinto tienen lugar en la Edad Media estas relaciones. El Estado medioeval es un Estado de gran superficie, y es dualista frente al antiguo Estado, que era unitario. Su pueblo no está formado tanto por una unión de individuos iguales cuanto por una pluralidad de individuos y asociaciones; asociaciones provistas de *imperium*, con un señor á la cabeza; iglesias y claustros con sus miembros; comunidades y asociaciones corporativas de otras clases, son muchas veces elementos inmediatos del Estado que encierran dentro de sí una gran parte del pueblo, el cual por este hecho deja de tener relación directa con el poder del Estado. Este momento histórico ofrece á la idea de la representación una amplia base social. La rica vida corporativa da lugar á una concepción teórica de la idea, y hace aparecer por vez primera una doctrina científica de la corporación en los glosadores y canonistas (2). Independientemente de toda teoría, los acontecimientos políticos y sociales impulsan á la creación de los órganos representativos.

(1) Mommsen, *Abriss*, pág. 340. Acerca de la idea romana de la representación de la corporación por sus órganos, véase *Regelsberger*, I, pág. 323, y las fuentes citadas allí mismo en la nota 2.

(2) Véase Gierke, *Genossenschaftsr.*, III, págs. 394 y 478.

Sólo baja la forma de un ejército bien organizado se puede reunir al pueblo en los comienzos; pero pronto apareció el sistema feudal, mediante el cual el pueblo fué sustraído en gran parte á estas asociaciones militares centralizadas. En los Estados de gran extensión territorial resultan imposibles las reuniones del pueblo con un carácter regular. De otra parte, el dualismo, que nunca ha desaparecido por completo, entre príncipe y pueblo, exige una representación del último frente al primero, representación que se desenvuelve por muy distintos caminos, pero siempre de un modo natural, estatuyendo que los *meliores terrae*, las grandes figuras del mundo temporal y espiritual, se constituyan como pueblo en sentido político. Su derecho, que en cada Estado nace de un modo peculiar, es considerado por ellos originariamente como una facultad individual, de suerte que no representan á nadie más que á sí mismos. Lentamente, la opinión señorial añade á este derecho, allí donde la asociación señorial ha permanecido, el de representación legal de la asociación. En la reunión de los estados ó brazos, el señor representa también á sus súbditos, idea que posteriormente llega á ser formulada de una manera más ó menos clara en cada pueblo, según la concepción jurídica que se tiene del Estado. Esta concepción revélase también hacia fines de la Edad Media, en la literatura sobre la teoría del Estado, y en ella se concibe ya la reunión de los brazos como representación de todo el pueblo, y se atribuye al órgano de creación del Emperador y del Papa un carácter representativo (1). No existen aún investigaciones importantes y minuciosas sobre la fundamentación y naturaleza jurídicas de las relaciones entre los representantes y los representados, porque sólo pueden lograr atraer el pensamien-

(1) Véase Gierke, *Genossenschaftsr.*, III, págs. 595 y sigs., y del mismo, *Althusius*, págs. 211 y sigs.

to científico sobre estas cuestiones las grandes fuerzas de la vida histórica.

Cuando se trata de la representación de los brazos en una Asamblea á que han de concurrir representados, Municipios y Corporaciones, son precisas normas jurídicas determinadas. Se necesita para esto un acto jurídico en que quede definido tanto quién es la persona que representa, como la extensión y el contenido de la representación. La evolución principia en los Municipios y Corporaciones, en general, con el contrato de representación, el cual separa de una manera decisiva la persona del representante y del representado. Esta representación es considerada como idéntica esencialmente á la del Derecho Privado, y la institución queda fuera del Derecho Privado por sus fines, pero no por su naturaleza interna. Por esto, el representante se obliga personalmente con sus propios bienes á reparar los perjuicios que él irroga al mandante por traspasar los límites de sus atribuciones, y puede ser despojado ó destituido, á causa de ello, de su carácter de mandatario.

En los Estados donde los brazos ó clases sólo juegan un papel insignificante, ó se reúnen exclusivamente para conocer de algunos asuntos importantes, esta relación sigue siendo la misma, pero toma un carácter enteramente distinto allí donde, como en Inglaterra, tiene una función normal y está encajado en el Estado é íntimamente unida á las instituciones. Lo mismo que en el Continente, en Inglaterra las asambleas de los brazos principaron con una obligación mutua entre representantes y representados. Los elegidos recibían sus instrucciones de los electores y estaban obligados á darles cuenta de su cometido (1). En la época de los Tudores cambia la situación, y en el curso del

(1) Stubbs, *Constitutional history of England*, 2.<sup>a</sup> ed., 1878, III, pág. 424. Una investigación detallada de este punto histórico tan importante, no existe hasta ahora en la literatura inglesa.

siglo XVII principia á desvanecerse el recuerdo de los tiempos primeros. Sin embargo, en los documentos y en la literatura de aquella época se habla de los representantes del pueblo (1). La idea de que todo inglés estaba representado en el Parlamento, y por tanto, presente por medio de su representante, fué ya expresada de una manera muy clara por Sir Thomas Smith bajo el reinado de Isabel (2). El modo como ha nacido esta idea de la representación tan claramente expresada no ha sido aún investigado (3).

No hay duda alguna de que puso fin á las instrucciones la imposibilidad de deliberaciones fructuosas y de llegar á conclusio-

(1) El *Agreement of the People* dice expresamente: «That the Representatives have, and shall be understood to have, the supreme trust in order to preservation of the whole; and that their power extend without the consent or concurrence of any other person or persons, to, etc...» Exclusivamente quedan exceptuados los puntos arriba citados, págs. 496 y sigs. Gardiner, *Cons. Docum.*, pág. 279.

(2) «Quicquid in centuriatis comitiis aut in tribunitiis populus Romanus efficere potuisset, id omne in comitiis Anglicanis, tanquam in coetu Principem populumque representante, commode transigitur, interesse enim in illo conventu omnes intelligimur cuiuscumque amplitudinis, status, aut dignitatis, Princepsve aut plebs fuerit; sive per teipsum hoc fiat sive per procuratorem.» *De republicam Anglorum*, II, ed. Elzeviriana de 1641, pág. 198. Este libro admirable fué impreso por vez primera en 1583 después de la muerte del autor, acaecida en 1577. Véase sobre Smith, *Pollock Introduction*, págs. 54 y sigs.

(3) Debemos gratitud á Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, I, págs. 232 y sigs., por haber llevado á cabo recientemente una investigación de la historia de la idea de la representación en Inglaterra. Es muy interesante, especialmente, la prueba documental que nos ofrece, según la cual, en la época de Enrique V, los diputados no eran considerados como elegidos por una comunimidad, sino como representantes de todo el reino.

nes (1). Ya antes exigían los reyes en sus cartas de convocatoria que los elegidos llevaran amplios poderes *ita quod pro defectu hujusmodi potestatis negotium infectum non remaneat* (2). En todo Parlamento surgen cuestiones que no podrán prever los electores, y en interés de estos mismos deben hacerse á menudo concesiones á causa de compromisos á intereses extraños. Las instrucciones han de ser, pues, frecuentemente tan generales, y se ha de dejar al representante, por tanto, un margen tan grande, que su valor en un pueblo tan práctico como el inglés, no podrá menos de ser puesto en duda. Además, el Parlamento es un miembro importantísimo en la organización administrativa del reino, y ya en la época de los Tudores autorizaba una serie de actos, respecto de los cuales el asentimiento del pueblo ó era imposible ó carecía de sentido. El Parlamento no es exclusivamente una asamblea legislativa y autorizadora de los impuestos, sino también el órgano supremo de la vida administrativa y judicial, y además ordenador, mediante un sistema de reglas, de su propia vida interior. Con relación á este último punto también la Cámara baja se encuentra en completa independencia.

Mas como el punto de partida de la representación de los Comunes ha sido siempre el mandato, fórmase paralelamente á la separación entre los electores y sus elegidos, la idea de que la voluntad de éstos representa la de aquéllos de un modo permanente, incluso sin que exista mandato. Originariamente los condados, las ciudades, los burgos, aparecían representados ante la conciencia popular por los escogidos é instruidos por

(1) Véase Seidler, en *Grünwits Zeitschrift*, XXIV, págs. 123 y sigs. Ya Montesquieu había mostrado las dificultades de las instrucciones especiales (XI, 6).

(2) Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, I, 1886, pág. 46; Seidler, loc. cit., Stubbs, *Select Charters*, 7.<sup>a</sup> ed., 1890, pág. 481.

ella, de modo que esta representación se perpetúa históricamente en una época en que ya no existe esta relación entre los Comunes y la Cámara baja. Todos aquellos están reunidos á partir de entonces en la Cámara baja. El conjunto de los Lores espirituales y temporales en unión de los Comunes forma el *regnum*, y, por tanto, todo miembro particular forma parte de la representación del reino. Su voluntad no es la voluntad de la asociación que le enviara, sino un elemento de la voluntad del reino (1). De este modo surge naturalmente, en vista de las relaciones reales, la idea fundamental del Estado representativo moderno, á saber: que los miembros del Parlamento representan al conjunto del pueblo (2).

(1) Esto es lo que comprueba Blackstone, I, 2, pág. 159, con estas famosas palabras: «And every member, though chosen by one particular district when elected and returned, serves for the whole realm. For the end of his coming thither is not particular, but general: not barely to advantage his constituents, but the common wealth; to advise his sovereign (as appears from the writ of summons) «de communi consilio super negotiis quibusdam arduis et urgentibus, regem, statum et defensionem regni Angliae et ecclesiae Anglicanae concernentibus». And therefore, he is not bound to consult with, or take the advice of his constituents regnu any particular point, unless he himself thinks it proper or prudent to do so.» Como ejemplo expresivo para mostrar que esta concepción es representativa del derecho en vigor se puede invocar el *Septennial Bill* de 1716, mediante el cual el Parlamento prorroga su duración de tres á siete años. En vista de esto la Cámara baja no fué disuelta, sino que quedó autorizada, conforme á la última ley, para prorrogar su duración cuatro años más. V. Dicey, pág. 42 y sig.

(2) Del carácter representativo de todo el Parlamento se sigue también el de la Cámara alta, cuya situación jurídica en este sentido no es tan clara; baste considerar sus menores derechos en lo que atañe á las autorizaciones para cuestiones de intereses. Hay que hacer constar que el principio del carácter

La evolución de Francia ha sido diferente, pero ha llegado al mismo resultado. En tanto que en Inglaterra los miembros de la Cámara de los Lores tenían voz viril, en Francia existía el principio de la elección para el clero y la nobleza, no sólo para el tercer estado (1). Los tres llegaban á los Estados generales con las instrucciones recibidas de sus electores, los *cahiers*, y cada cual deliberaba y tomaba sus resoluciones por separado. En los últimos días de la reunión de estos Estados fué cuando el rey por vez primera, se expresó contra la subordinación estrecha de los representantes á los *cahiers* (2), y declara nulas

puramente representativo de los elegidos se suele negar aún á menudo. Burke, en 1774, protesta enérgicamente contra el propósito de obtener de los miembros de la Cámara baja, en el momento de la elección, promesas con carácter obligatorio. (Véase May, *The constitutional history of England*, I 1861, página 444 y sig.) Al igual que Esmein, (*Droit const.*, pág. 68, n. 2) indica cómo subsistía esta oposición aún en 1893, oposición que se mostró con ocasión de los debates sobre el *Home-rule*, en los que se dijo que los representantes no habían recibido de sus electores mandato alguno para tomar una medida de esta naturaleza. En los Estados Unidos, muchas Constituciones de Estados particulares conceden expresamente á sus electores el derecho de dar instrucciones á sus representantes. También las pueden recibir los miembros del Senado. Las autoridades americanas han protestado siempre contra esta práctica. (Véase Rüttimann, I, pág. 171 y sig.)

(1) Los detalles enrevesados de estas relaciones pueden verse en Esmein, *Cours élémentaire d'histoire*, pág. 491 y sigs. Los representantes recibían también de sus electores un estipendio, el cual era á menudo estimado como una pesada carga para los que estaban obligados á pagarla, y de aquí una disminución de sus entusiasmos por que se convocase á los Estados del reino. Loc. cit., pág. 499.

(2) Ordonnance de 24 Januar 1789, sobre reglamento de las elecciones, art. 45. «... les pouvoirs dont les députés seront mu-

en la sesión regia de 23 de Junio de 1789 las limitaciones (1), y prohíbe para en adelante todo mandato imperativo (2); y, por consiguiente, se evitará la posibilidad de entorpecimiento en las deliberaciones. No obstante, muchos representantes continuaron recibiendo instrucciones detalladas y afirmando, después de la reunión de los Estados generales en la asamblea nacional, la fuerza obligatoria de los *cahiers*. Pero bien pronto se mostró la imposibilidad de continuar las deliberaciones en vista de las instrucciones. Siéyès, tan influyente entonces, se hace un defensor enérgico de la idea de la independencia de los diputados respecto de los electores, mostrando los serios conflictos que habrían de nacer de la constante consulta al cuerpo electoral por los diputados; todas las otras razones de este defensor del mandato libre para que se reconociese su teoría, eran de naturaleza puramente doctrinaria, y se encaminaban á justificar lo que prácticamente era necesario (3). Las ideas de Rousseau, que tan gran papel desempeñaron en la Constituyente, influyeron de igual suerte en la concepción del lugar que le correspondía al diputado. El soberano en el Estado debe ser la voluntad general, la cual no puede ser formada por la voluntad particular de los individuos que instruyen á sus representantes.

nis devront être généraux et suffisants pour proposer, remonter, aviser et consentir, ainsi qu'il est porté aux lettres de convocation.» Hélie, *Les Constitutions de la France*, 1880, página 15.

(1) *Archives parlementaires*, I, serie VIII, pág. 143, art. 3.º

(2) Loc. cit., art. 6: «Si Majesté declare, que dans les tenues suivantes des Etats généraux elle ne souffrira pas que les cahiers ou mandats puissent être jamais considérés comme impératifs; ils ne doivent être que de simples instructions confiées à la conscience et à la libre opinion des députés dont on aura fait choix.»

(3) Véase Siéyès, *Ecrits politiques*, I, pág. 207 y sig., 379 y 450.

Más bien es la voluntad general la voluntad de todo el pueblo; por eso el representante particular no representa tan sólo la voluntad de la parte del pueblo que le envía, sino la de todo el pueblo. Sólo de este modo es posible conciliar hasta cierto punto la repulsa de Rousseau de la Constitución representativa con la realidad política. La Constituyente llega á una declaración audaz que la desliga completamente de los electores, á saber: que ella era el asiento de la soberanía nacional. La ley de 22 de Diciembre de 1789 afirma enérgicamente el concepto de la representación (1), rechazando definitivamente las instrucciones, así como el derecho de los electores para revocar el mandato de los diputados (2); y de aquí ha pasado á la Constitución de 3 de Septiembre de 1791 el principio de que los diputados no representan un departamento particular, sino á toda la nación, y no deben estar limitados por instrucción alguna (3).

(1) Introducción, artículo 8.º «Les représentants nommés à l'Assemblée Nationale par les départements ne pourront être regardés comme les représentants d'un département particulier, mais comme les représentants de la totalité des départements, c'est à dire de la nation entière.» Hélie, pág. 72. Debemos hacer notar la fina diferencia que existe entre esta concepción y la de Blackstone. En esta, el individuo representa al reino, esto es, á la totalidad de la *communitates regni* representada en la Cámara baja; allí, á la nación, esto es, á la suma de los individuos. Aún perdura hoy esta oposición entre la doctrina inglesa y francesa del Parlamento, si bien se atenúa cada vez más. La significación práctica de una y otra es que, así como la concepción inglesa atribuye el derecho electoral á los Comunes, la francesa lo hace á los individuos. Sólo de ésta y no de aquélla se puede sacar, como última consecuencia propia, el derecho de sufragio universal é igual. Esta conclusión ha pasado después á todas las Constituciones europeas.

(2) Sección I, art. 34, Hélie, pág. 76.

(3) Titre III, chap. I, sect. III, art. 17. «Les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants

Las asambleas legislativas no representan al pueblo para todas las actividades jurídicas. En los Estados Unidos se encuentra combinada de una manera especial la doctrina de la división de los poderes con la de la soberanía popular. El pueblo inviste con el poder legislativo á las legislaturas en los Estados particulares y al Congreso en la Unión, y el poder ejecutivo se atribuye al gobernador ó presidente, y el judicial á los Tribunales; todos los cuales son representantes del pueblo en no menor medida que los miembros de la legislatura. En Francia también se aceptó esta idea, pues el rey fué expresamente designado, al lado de la asamblea nacional, como representante del pueblo (1), lo cual era tanto más comprensible para la conciencia pública, cuanto que la idea de la representación de la nación por el rey fué usual incluso entre los soberanos absolutos de Francia. Esta concepción americano-francesa del jefe republicano del Estado ha sido el modelo para todas las Constituciones republicanas, y bajo el influjo francés ha trascendido también al texto de muchas Constituciones monárquicas cuando se ha tratado de definir la situación del príncipe.

3. Sobre la situación jurídica de las asambleas legislativas, nacidas bajo los auspicios de esta nueva idea de la representación, existe aún hoy una gran obscuridad. Una solución completamente satisfactoria de los problemas que ofrece no se ha encontrado aún. La literatura inglesa, americana y francesa, ve en el acto de la elección, á pesar de la afirmación de la idea de la representación, una transmisión del poder del elector al elegido (2), sin que esta relación del mandato libre fuera eleva-

d'un département particulier, mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat.»

(1) Titre III, art. 2.º «La Constitution française est représentative; les représentants sont le Corps législatif et le roi.»

(2) Lo cual está en relación estrecha con las ideas usuales

da á una expresión estrictamente jurídica. Esta obscuridad influye también en ciertas exigencias políticas, que intentan suprimir, ó debilitar, al menos, el sistema representativo. Aquellas que quieren sacar partido de la idea política del mandato jurídico, exigen la renovación de los antiguos Estados y la introducción del mandato imperativo, con lo cual los diputados quedarían de nuevo en una relación directa con los electores, transformándose de órgano mediato en inmediato. Otros, por el contrario, exigen la sanción de las decisiones parlamentarias por el pueblo (1), esto es, la introducción del *referendum* facultativo ú obligatorio tal como se ha llevado á cabo en Suiza y en la Unión norteamericana.

Otros afirman que, en verdad, no es la unidad del pueblo, como pretende la doctrina política oficial, la que encuentra su expresión en el Parlamento, sino que lo que aquí existen son

sobre la soberanía popular. En el Derecho Político de los americanos y franceses se habla siempre de la delegación (*to grant, to vest*) de los poderes por la nación ó de su ejercicio indirecto por el pueblo. Sin embargo, actualmente comienza á penetrar en Francia la teoría alemana de la representación. (Véase Orlando: «Du fondement juridique de la représentation politique», *Revue de Droit Public et de la science politique*, III, 1895, pág. 1 y sigs., y Saripolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle*, II, París, 1899, pág. 98 y sigs., que muestra un conocimiento hondo de la literatura. Véase además A. Mestre, *Le fondement juridique de l'élection proportionnelle dans la démocratie* (Extrait de la *Revue générale du Droit*), 1899, pág. 15 y sigs.)

(1) Esta forma de legislación la había admitido ya Rousseau, no obstante rechazar la teoría de la representación: «Les députés du peuple ne sont, donc, ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'á pas ratifiée est nulle, ce n'est point une loi.» *Contrat social*, III, pág. 15.

diputados de grupos sociales aislados, no representantes de una voluntad única, sino de intereses particulares; esto es, que se trata de una institución social, no política; que no son los intereses del Estado los que forman el fundamento del parlamentarismo, sino que el móvil director está constituido por los intereses de partido (1).

Esta concepción olvida que la sociedad no tiene ni puede tener una voluntad unívoca, y que el Parlamento tiene y necesita tener de un modo necesario una voluntad de esta naturaleza. Es cierto que en el Parlamento están representados grupos sociales que se oponen los unos á los otros, si no jurídicamente, al menos de hecho; mas todos estos grupos, frente á las cuestiones que se les ofrece, sólo tienen dos posibilidades de decidir, esto es, no pueden decir sino *si ó no*. La situación específica de un partido con respecto á una determinada cuestión no puede llegar á alcanzar su expresión en las decisiones, á menos

(1) Esta concepción fué fundada por Lorenz Stein, el cual, en su obra sobre *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, explicó la historia moderna como una lucha de la sociedad para conquistar el Estado. De aquí sacó Gneist su doctrina desarrollada en innumerables escritos, del Parlamento como formación social, el cual, en Inglaterra tiene una situación armónica en la vida del Estado, en tanto que en Francia domina á éste. Otros juristas han tratado de aprovechar esta misma idea; así O. Meyer (ob. cit., 19) considera el Estado norteamericano y Francia como construcciones sociales, y á los representantes elegidos por el pueblo como representantes de intereses sociales, mediadores entre el Estado y la sociedad. Finalmente, Rieker, en su obra *Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung*, 1893, lleva esta idea á su forma más extrema al considerar al Parlamento, no como órgano del Estado, sino como «expresión de las distintas fuerzas que obran en la sociedad», esto es, que no representa al pueblo en su unidad política, sino en su diferenciación y pluralidad social (pág. 59).

que este partido forme una mayoría, lo cual rara vez ocurre en los Estados continentales; más bien se consigue esto por compromisos, transacciones con situaciones momentáneas, y así, mediante una conciliación de puntos de vista de grupos muy diversos, se puede alcanzar una conclusión concorde que descanse sobre motivos muy diferentes. Esta conclusión no es la voluntad de la sociedad; no es la voluntad adicionada de los grupos sociales, la que, por lo común, no haría posible una conclusión, sino que es la voluntad unívoca del pueblo. Las decisiones legislativas del *Reichstag* respecto á la adquisición ó pérdida de la nacionalidad del imperio y de los Estados particulares, ó la legislación postal, es absolutamente imposible que se considere como exteriorizaciones de la voluntad social, porque en ellas no tienen cabida alguna los puntos de vista discordes de la pluralidad de los grupos sociales. La lucha de los intereses sociales está siempre, por tanto, en el estudio preparatorio de las decisiones; pero en la decisión misma, se encuentran siempre frente á frente la mayoría y la minoría.

Si la composición de un Parlamento á causa del sistema electoral y de otras circunstancias concretas es tal que en él coincide el predominio de un partido con un grupo social determinado; si las conclusiones están dictadas por los intereses de una clase dominante, no es posible, aun en tal caso, considerar la voluntad así formada jurídicamente como voluntad social; se perdería más bien toda posibilidad de determinar jurídicamente el acto de voluntad del Estado, si tal acto de voluntad no hubiese de ser reconocido como de la unidad del pueblo en su forma de órgano del Estado. Con la voluntad del pueblo acontece lo que con la del monarca y sus autoridades, esto es, que no ha de ser partidista, y debe ser la expresión de los intereses comunes, aun cuando no siempre lo es. Pero también la voluntad del Estado que no corresponde á la del ideal es

voluntad del Estado. Si se hubiese de admitir un orden de consideraciones sociales en vez de un orden de consideraciones políticas, habríamos concluído con el Derecho Político, y el arbitrio subjetivo substituiría al conocimiento de lo jurídico.

La consideración de la república representativa es bastante á mostrar lo insostenible de la teoría del Parlamento como órgano de la sociedad y no como órgano del Estado. En Francia el Parlamento es el órgano supremo del Estado; por medio de él son instituídos todos los órganos restantes: presidente, funcionarios y jueces designados por éste. Si el Parlamento no fuese órgano del Estado, Francia no sería un Estado, sino una anarquía. En realidad, esta concepción no es sino una consecuencia de aquella mísera jurisprudencia que no conoce otro tipo de Estado que el absoluto, y que ansía abarcar con esta noción estrecha la multiplicidad de las nuevas formas del Estado. De estas dos concepciones jurídicas del Estado, y posibles, una de ellas está hoy completamente abandonada en la literatura alemana. Hasta que no se penetró bien en la naturaleza de la representación, se aceptaba, como se acepta aún hoy en la literatura extranjera, que existía una delegación del pueblo en los representantes, lo que traía consigo el reconocer que la substancia de los derechos delegados correspondía al pueblo, no compitiendo á sus representantes sino el ejercicio de los mismos (1), con la prohibición de las instrucciones y la exención

(1) Por ejemplo, Rotteck, ob. cit., II, pág. 225; Klüber, *Öff. Recht des deutschen Bundes und des Bundesstaaten*, 4.<sup>a</sup> ed., 1840, pág. 392; Zöpfl, II, pág. 254. Mohl, *Württemb. Staatsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., I, pág. 537, afirma que el pueblo ha delegado sus derechos en sus representantes, y afirma, como antes lo hiciera Rotteck (ob. cit., pág. 233), que la representación del pueblo es el órgano del pueblo (pág. 535). También la Constitución de Sajonia de 1833, § 78, dice que los estados ó brazos son los órganos consti-

de toda responsabilidad en los elegidos; con respecto á los electores, resulta insostenible esta construcción. La segunda concepción, por el contrario, es la que prevalece hoy en la literatura jurídica. Á consecuencia de ella, la voluntad del Parlamento es inmediatamente voluntad popular; pero entre el pueblo y el Parlamento no existe lazo jurídico alguno análogo al que representa el mandato, la comisión ú otra categoría jurídica análoga. Sea cual fuere el fundamento jurídico del miembro de una Cámara, elección, nombramiento, posesión de un determinado cargo, etc., el acto de creación jamás concede un derecho del creador sobre el órgano creado, sino que más bien los derechos y deberes de unos y otros nacen exclusivamente de la Constitución (1).

Por acertada que sea esta concepción, necesita sin embargo un complemento esencial. Si desde el punto de vista jurídico la voluntad de la Cámara, y no otra, es la voluntad del pueblo, entonces las Cámaras mismas son el pueblo organizado de un modo estatista; mas de este modo resultaría una pluralidad de

tucionales de la comunidad de ciudadanos y súbditos. También H. Schulze, *Preuss Staatsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., I, 1888, pág. 563, sostiene una concepción análoga; pero el pueblo en general es concebido aquí socialmente y no de un modo jurídico, pueblo en oposición á soberano, pero no pueblo jurídicamente organizado mediante una constitución parlamentaria. El pueblo, según ha mostrado acertadamente Rieker, ob. cit., pág. 51, no tiene existencia jurídica, abstracción hecha de la personalidad del Estado. El punto de vista exacto, esto es, que el pueblo mismo en un Estado representativo es un órgano inmediato del Estado, le ha mostrado por vez primera Gierke, *Genossenschaftsrecht*, I, pág. 829, *Schmoller, Jahrbuch*, 1883, pero sin que entre el pueblo y su representación exista relación jurídica alguna.

(1) Véase Laband, ob. cit., I, pág. 272 y sig.; von Seydel, *Bayr, Staatsrechts*, I, pág. 350; H. Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, I, pág. 456 y sig.

ciudadanos activos frente á un grupo innumerable de ciudadanos políticamente sin derechos (1). La famosa afirmación, de Rousseau de que los ingleses sólo son libres en el momento de la elección para advenir al punto esclavos, resultaría la crítica más acertada de los modernos Estados representativos.

No se puede negar que, justamente, el punto más importante de todo el sistema representativo lo olvidan, ó al menos no lo consideran suficientemente, á saber: que éste cae fuera del círculo del derecho, y que el formalismo jurídico está incapacitado para comprenderlo y abarcarlo en su totalidad. Por consiguiente, las grandes transformaciones llevadas á cabo en la estructura de los Estados modernos mediante las modificaciones del derecho electoral, las grandes luchas para la democratización del sufragio, la representación de las mayorías, etc., no son comprensibles desde el punto de vista jurídico; no se trata mediante ellas meramente de una participación en el acto electoral, sino de alcanzar influjo en la vida del Estado gracias á los elegidos; pero este interés no sólo es interés real, sino jurídico.

Que el caso es este, lo muestra la semejanza del problema actual con otros que en todas partes encuentran una solución enteramente diferente. Entre el monarca y el regente no existe una relación jurídica tal que pueda ser interpretada según la doctrina de la representación limitada, como no existe tampoco entre el pueblo y su representación. El representante del

(1) Esta idea, llevada á su última consecuencia lógica, conduce á la afirmación de que la representación popular, especialmente en los Estados democráticos, es una especie de oligarquía (véase Rieker, pág. 48); y es al propio tiempo una prueba de que esta manera de tratar jurídicamente el problema, no ofrece sino una caricatura de la realidad.

canciller del imperio no es responsable ante éste de los actos ejecutados dentro del círculo de las atribuciones que se le confiaron, sino ante el *Bundesrat* y el *Reichstag*. El juez que hace justicia en nombre del monarca, no puede recibir de éste ninguna orden relativa á la administración de la misma. No obstante, ningún jurista considera que la relación del monarca con el regente sea meramente política y carezca de carácter jurídico. Nadie ha afirmado que, en sentido jurídico, el regente sea monarca, ó que lo sea el juez dentro del círculo de su actividad judicial.

4. La solución del problema la hallaremos considerando las relaciones de las democracias inmediatas. Aquí el pueblo mismo no es una personalidad distinta del Estado, sino un órgano colegiado de éste: el órgano supremo. Todo individuo tiene por tanto una doble cualidad: la de órgano parcial de la comunidad y la de súbdito. Si acontece, como ocurre, por ejemplo, en el cantón de Schwyz, que en vez del pueblo hay una representación, no por esto cesa el individuo de ser órgano del Estado, miembro activo del mismo; pero sus facultades se han reducido á colaborar en la formación de otro órgano, que está dotado, según la Constitución, del derecho que antes competía á la comunidad. La representación formada de esta suerte se ha convertido en órgano de la voluntad del pueblo. *Pueblo y representación del mismo, forman por tanto jurídicamente una unidad.* En ambas formas de democracia, en la inmediata y en la representativa, el pueblo es órgano del Estado. Pero en aquélla la voluntad del órgano está formada por la unidad del pueblo en su totalidad, y en ésta mediante un órgano particular de la voluntad del pueblo. Esta misma relación se halla en las monarquías constitucionales existentes, que se distinguen de las democracias en que el pueblo no aparece en general como órgano inmediato, sino sólo con atribuciones menos amplias, y sobre todo, en que no es á él á quien corresponde el papel de

órgano supremo del Estado, sino al monarca. Mas también en esta forma de Estado, el pueblo, considerado en su unidad, tiene el carácter de órgano de aquél, cuya voluntad se manifiesta en el Parlamento. Pueblo y Parlamento forman, pues, una unidad jurídica. El pueblo está organizado jurídicamente mediante el Parlamento. Aquella antigua concepción inglesa según la cual todos los ingleses están personalmente presentes en el Parlamento, y, por tanto, aceptan también los actos de éste, los cuales llegan á ser conocidos de todos ellos de un modo inmediato en virtud de la sanción regia, es una explicación muy acertada de la idea fundamental jurídica de la representación popular.

Desde este punto de vista, se comprende perfectamente el sentido jurídico del principio según el cual todo miembro de una Cámara es representante del pueblo en su unidad; lo cual quiere decir que es representante de un *Collegium* cuya voluntad es voluntad del pueblo, y por consiguiente ha de ser considerada exclusivamente como colaborante en la formación de la voluntad de un pueblo, pero no de la voluntad de un grupo. Así, pues, desaparecen los fenómenos de un Estado formado por clases, como, por ejemplo, la dependencia del establecimiento de los impuestos, de la aceptación de todos los individuos ó asociaciones á quienes estos impuestos afectaban, la revocación del nombramiento de los diputados por los electores, la limitación de su mandato, etc. Esto no quiere decir de ningún modo que la representación de determinados intereses de partido contradigan la idea jurídica de la representación del pueblo, ni tampoco que la situación jurídica de los miembros de la Cámara sea declarada una ficción por el hecho de explicarla como una relación entre ellos y la voluntad popular. Determinar el contenido de la voluntad popular como, en general, de toda voluntad legislativa, queda fuera del Derecho. Éste puede poner al legislador limitaciones relativas valiéndose de restricciones formales, pero no puede determinarlas de un modo

positivo. La actividad legislativa cae más bien dentro del círculo legal de la política. La norma abstracta de buscar el bien común es una consecuencia esencial de toda actividad política, pero no tiene eficacia bastante, á causa de su indeterminación, para servir de medida de cada acto político particular. Es evidente que cada cual considera lo mejor lo que á él le parece bueno, y así acontece que el monarca absoluto identifica sus acciones egoístas con el bien general.

He aquí por qué la fórmula general de que el miembro de una Cámara representa al pueblo en su unidad no es contradictoria por el hecho de que existan partidos y oposiciones entre ellos, del mismo modo que en las democracias inmediatas donde la voluntad del pueblo no puede aparecer como una ficción, se forma aquélla mediante la lucha, victoria ó compromiso de los diferentes partidos. Cada miembro particular de una Cámara, así como ésta en su unidad, plantea la lucha en el estadio preparatorio de la votación. La decisión por el voto produce un acto de voluntad, uno en sí, el cual, jurídicamente, tiene el mismo valor que cualquiera otra exteriorización de la decisión de un miembro de una autoridad colegial (1). Existen oposiciones políticas, sociales y confesionales, que pueden influir en tales autoridades y en las decisiones de los miembros aislados, sin que por ello incurran en una violación del deber, especialmente

(1) Radnitzky, *Das Wesen der Obstruktionstaktik*, *Grünhuts Zeitschrift*, XXXI, 1904, pág. 475 y sig., concibe á los electores y miembros de la Cámara como *interesados* en un sentido jurídico, y á los partidos parlamentarios como corporaciones en luchas, que durante las tareas del Parlamento representan ante la unidad de éste los intereses de aquéllas, intentando hacerlas prevalecer en el momento de la decisión. Esta doctrina es también de las que intentan insertar hechos políticos no susceptibles de construcción jurídica en el círculo del Derecho.

cuando se trata, no de cuestiones jurídicas, sino de cuestiones opinables (1).

Si recopilamos lo dicho, resulta que tanto la moderna representación del pueblo en su unidad cuanto sus miembros considerados como partes, tienen el carácter de órganos secundarios inmediatos. En el Estado con Constitución representativa, el pueblo, como elemento unitivo del Estado, es al propio tiempo miembro activo ó órgano colegial del mismo; ó dicho de un modo más concreto, es aquella parte del pueblo al que, conforme á la Constitución, le compete el ejercicio de un mayor ó menor número de funciones políticas. Una parte de éstas las ejerce él mismo; las otras mediante delegación, la que al ser órgano del pueblo es al propio tiempo órgano del Estado. La representación del pueblo tiene, pues, el carácter de órgano secundario, esto es, órgano de un órgano. El pueblo, como unidad, tiene el órgano de su voluntad en parte en la voluntad firme y ordenada de sus miembros, y en parte en la de sus delegados; esto es: es en parte órgano primario, en parte órgano secundario.

Obra como órgano primario el pueblo en el acto de la elección al escoger sus representantes; y en verdad, el pueblo no es un puro órgano de creación cuya función y derecho concluyen con el nombramiento de sus representantes, como acontecía con la elección del emperador por los príncipes electores y la del Papa y los obispos en la Iglesia, la cual no crea ningún lazo jurídico, especialmente entre electores y elegidos, sino que des-

(1) El número de las autoridades en que están representadas las clases sociales tiende á aumentar. Piénsese en los Tribunales de arbitrajes para el seguro obrero, en las oficinas de seguro del imperio y de los Estados particulares, en los Tribunales industriales y de comercio, etc. En el antiguo imperio se consideró que la combinación confesional de los Tribunales del imperio y la *itio in partes* eran una garantía de la imparcialidad de la justicia.

liga completamente á éstos de aquéllos, y aun los exalta sobre los electores. Más bien nace una relación permanente entre el representante y el pueblo en su unidad, á saber: una relación de órgano, que por su naturaleza puede ser una relación jurídica. Concuerta también la dependencia política permanente y normal de los elegidos para con los electores con la doctrina que hemos expuesto, y la teoría dominante se ve obligada á ignorarla como si fuese jurídicamente inapreciable. Este poder de la opinión pública, que no es medible jurídicamente, pero que políticamente tiene tanta fuerza, es causa de que, á pesar de que el elegido no necesite dar cuenta á sus electores, esté sometido siempre á la efectividad de su fiscalización. Aun cuando no exista una garantía segura de que el órgano de la voluntad del pueblo represente de una manera acertada políticamente la voluntad de éste, no obstante, las fuerzas é instituciones políticas, de consuno, hacen que la voluntad de un Parlamento que se hubiese desligado por entero del modo de pensar de un pueblo no pueda mantenerse largo tiempo fuera de la autoridad de aquél. La duración del período de la legislatura, la disolución de las Cámaras por los Gobiernos, la extensión y organización del sufragio, etc., no son sólo hechos y medios políticos, sino también jurídicos, para asegurar el carácter de la representación del pueblo como órgano de la voluntad del mismo.

La consideración meramente formalista de que ha hecho objeto hasta ahora á estas instituciones jurídicas el Derecho Político, ha sido causa de que no se las haya concebido, ni en su esencia, ni en su relación con la naturaleza jurídica de la representación del pueblo. Para la doctrina dominante la representación del pueblo permanece aún en el aire. Conforme á la solución defendida por ella, queda enteramente separada la representación de los representados, y todas las disposiciones posibles sobre el derecho electoral, son indiferentes

para el carácter de la representación del pueblo, porque, precisamente desde el punto de vista dado, el proceso de la formación de la representación popular, cualquiera que pueda ser, es completamente indiferente para su naturaleza. El nombramiento hecho por la Corona para una Cámara de Señores, ó el de un diputado mediante el sufragio, es completamente igual para estos efectos. Unos y otros son representantes del pueblo en su unidad. En el último caso, es el pueblo mismo quien se da un órgano, y en el primero, se forma exteriormente á él. Hay, pues, una profunda diferencia, no sólo política sino también jurídica, que trasciende del modo como se hace el nombramiento del representante, y que es imposible que se conceda por algunos.

Mediante el reconocimiento de la representación del pueblo como un órgano secundario del Estado—órgano que forma una unidad con el primario, ó sea el pueblo mismo,—es como única-mente se puede explicar la significación jurídica de los métodos para reclutar las Cámaras. Mediante éstas se organiza el pueblo como órgano primario. En el Estado, con representación popular, el pueblo es, no sólo la expresión de una suma indistinta, esto es, la comunidad de los que pertenecen al Estado, sino una unidad organizada para la designación de representantes. Los distintos sistemas sobre los cuales descansa el nombramiento de las Cámaras, son otros tantos modos de la organización del pueblo. Éste, como órgano del Estado, tiene un carácter enteramente distinto, según que sus representantes sean nombrados por derecho hereditario, por la Corona ó por la ley, ó según que se designen exclusivamente mediante la elección. Es distinto el pueblo, como elemento activo del Estado, según que esté organizado por virtud del derecho de sufragio directo ó indirecto, sistema de clases ó grupos de intereses particulares ó sufragio universal é igual para todos, y según que se admita para la formación de las Cámaras el sistema de las mayorías ó el de la representación proporcional. Esto

se muestra con más claridad aún en los Estados democráticos, en los cuales toda la ordenación del Estado descansa en la voluntad del pueblo. Cuando la teoría francesa del Derecho Político afirma que el sufragio universal es el fundamento de la Constitución del país, quiere decir que en los círculos electorales el pueblo francés se da á sí mismo su órgano secundario, de un modo directo ó indirecto, mediante un órgano de creación particular. Por esto la organización electoral es el fundamento de toda la organización política en las democracias representativas. Aún se pone esto más de manifiesto en las federaciones democráticas, en las cuales, por lo común, existe una Cámara de representantes de los Estados. La teoría usual de la representación no puede ver en la Cámara de los Estados, Senado ó *Ständerat*, sino una Cámara electiva corriente, cuyos representantes no pueden recibir instrucciones de los Estados que los designan (1). Pero la naturaleza federal de tales Estados sería entonces incomprensible, pues es preciso tener presente que los Estados tienen el carácter de órganos primarios como partes integrantes en la formación del Estado general.

Lo que hemos dicho de la república democrática, puede igualmente afirmarse de las monarquías constitucionales. Aun cuando el pueblo tiene en éstas otra situación y posee menos derechos, sin embargo, la organización de aquél para los fines de la designación de sus representantes, es también una parte de la organización del Estado.

A esta doctrina se le podía objetar con el caso excepcional de los Estados Unidos de América, donde la elección de presidente se lleva á cabo por unas elecciones generales; cabría, por consiguiente, decir: es imposible un acto unívoco de la volun-

(1) El caso antes mencionado: las instrucciones que reciben los miembros del Senado americano de las legislaturas que los envían, sólo puede hoy considerarse como una excepción.

tad popular, pues el pueblo está dividido en circunscripciones electorales, y en el acto de la elección hay sólo una suma de actos voluntarios particulares de distintas fracciones del pueblo. Pero un órgano del Estado, ya sea individual ó colegiado, ha de tener unidad de voluntad; por esto no sería acertado considerar al pueblo organizado para la elección como un órgano del Estado (1). En realidad, en la elección, cualesquiera que sean las circunscripciones en que el voto se lleve á cabo, tiene lugar un acto de voluntad unívoca del pueblo en su totalidad, pues no sólo se encamina el acto de la voluntad de los electores y de las circunscripciones electorales á designar un candidato particular, sino á formar las Cámaras. Este importante punto de vista jurídico es el que aúna á todos los electores, sea cual fuere el partido á que pertenezcan. Por esto toma parte también en la formación de las Cámaras aquel que ha votado á un candidato derrotado, y su acto electoral es, en este aspecto, de una significación jurídica tan importante como el del que vota á un candidato elegido. Esto mismo sucede con las renovaciones parciales y con las elecciones decisorias, en las que la voluntad del elector tiene por fin completar la Cámara, según exige la Constitución. La totalidad de los votos particulares forma, por tanto, un acto común del pueblo organizado para el acto de la elección, encaminada á la formación de las Cámaras, abstracción hecha de los actos parciales particulares, por distintas formas que puedan revestir y por distantes que se encuentren en el tiempo.

Por esto, las ideas relativas á la apelación del Gobierno á los electores y á las decisiones de éstos sobre cuestiones de principios, no sólo tienen un valor político, sino jurídico. El pue-

(1) Criterio que yo mismo había mantenido en *Gesetz und Verordnung*, pág. 209.

blo, en casos dados, exterioriza mediante el voto un punto de vista determinado, que adquiere valor jurídico por medio de su órgano secundario. En los Estados de la Unión americana, la facultad de hacer la revisión total de la Constitución se atribuye á convenciones especiales. Los electores, en las convenciones, se deciden, según su programa, por la revisión ó contra ella. El pueblo elector muéstrase aquí, sin que exista mandato imperativo en el acto mismo de la elección, con una voluntad única sobre una determinada cuestión. Estos hechos no se pueden explicar jurídicamente con las fórmulas usuales. La facultad de disolver las Cámaras elegidas, por ejemplo, es en los Estados de constitución representativa, uno de los derechos más importantes del Gobierno. Si el Derecho Político, como acontece en la teoría dominante, no puede hacer sino reconocer la existencia de los principios jurídicos constitucionales sin poder rebasar estos términos para indagar su significación, es cuestión de preguntarse qué valor tiene para el conocimiento jurídico una ciencia que, cuando se trata de los problemas más fundamentales, sólo puede abordarlos desde un punto de vista estadístico.

En la doctrina que aquí mantenemos, lo más importante jurídicamente es que mediante ella se hacen comprensibles, por vez primera, fenómenos importantes de la vida de los Estados de estructura constitucional. La mayor parte de éstos tienen establecido, por lo que respecta á las Cámaras electivas, la renovación integral, y conceden á los Gobiernos el derecho á disolverlas. Si, pues, el período legislativo ha terminado ó las Cámaras han sido disueltas, ¿qué carácter tiene el Estado en el interregno hasta que tiene lugar una nueva convocación ó elección? Según la doctrina dominante, tales Estados constitucionales serían al propio tiempo, de un modo intermitente, Estados absolutos; lo cual no hay duda alguna de que es inexacto. Si el *Reichstag* alemán es disuelto ó se convocan nuevas elecciones,

no por eso falta al pueblo su órgano en el espacio de tiempo que media desde la conclusión de las sesiones hasta la terminación de las nuevas elecciones en el reino, sino que más bien puede decirse que la permanente institución legal de la organización electoral continúa existiendo; y á su vez, el pueblo, como órgano primario, está allí para ejercer la actividad de órgano que le compete, cualesquiera que puedan ser las formalidades que haya de llenar para la preparación de la elección. El imperio alemán no es un Estado absoluto en ningún momento. El órgano secundario del pueblo es intermitente, mas el primario es permanente.

5. Si bien la idea de la representación en el campo legislativo se ha formado cuando ha nacido el Parlamento, es, como se ha mostrado al comienzo de este capítulo, muy antigua, si de lo que se trata es de explicar el gobierno. Mediante la idea de que el pueblo es en el Estado la fuente necesaria de todos los poderes, fué considerado el monarca como delegado del pueblo y sólo hacíase cuestión este punto: si el derecho que se le concedía era ó no revocable. Por esto se desenvuelve en la teoría del Estado de la Edad Media la concepción de que el príncipe era representante del pueblo; mas es de advertir que, de igual suerte que en la antigüedad, no existió en la Edad Media un claro conocimiento de la cualidad de órgano del pueblo, y á consecuencia de ello, al determinar la situación jurídica del príncipe se confunden en él su carácter de órgano primario del Estado con el de representante del pueblo.

Á esta doctrina va unida la del Derecho Natural moderno, por su influjo se abre camino la idea de que el pueblo, en cuanto suma de individuos, no es el Estado, sino que éste representa más bien al pueblo organizado conforme á una constitución en la forma de Corporación, con lo cual, el pueblo no es concebido como anterior y superior al Estado, sino en el Estado mismo. En él inside de un modo permanente, según lo exige

la teoría del Derecho Natural, la fuente de todos los poderes, y, por tanto, todos los que ejercitan éstos advienen, no órganos directos del Estado, sino órganos por mediación del pueblo. De un modo legislativo expresóse esto por vez primera en los Estados Unidos y más tarde en las Constituciones francesas. El gobernador ó presidente, así como el rey, son representantes del pueblo, órganos secundarios del Estado. Bajo el influjo de la doctrina de Rousseau generalízase la idea de que el jefe del Estado es un servidor, esto es, un órgano mediato de aquél; doctrina que, precisamente por esto, no era admisible, pues el pueblo no es un señor que pueda mandar al jefe del Estado y hacerle á su vez dependiente, de un modo permanente, de las órdenes y servicios que le dicte. Por esto el jefe del Estado, en los Estados constituidos, es irresponsable ó responsable de lo que hace, en uso del poder que se le concede; pero en tanto que se mantiene dentro de las atribuciones de su poder, no hay otro superior á él. En este punto es en el que surge el dogma de la división de los poderes, el cual faculta al jefe del Estado para el ejercicio supremo del suyo de un modo independiente, de igual suerte que se lo concede al Parlamento.

De aquí se sigue que los jefes de Estado, en las repúblicas democráticas modernas, sean órganos inmediatos del Estado, pero secundarios (1). Tampoco les falta por completo los derechos de órgano primario. Así se muestra cuando se trata, por ejemplo, del nombramiento de las Cámaras mediante la elección, la cual, ó se lleva á cabo por el pueblo mismo, ó por el órgano de creación nombrado por él (los electores en América, ó en Francia y Suiza las dos Cámaras reunidas, las cuales, en este caso, gozan de una competencia extraordinaria).

(1) Véase *System des. subj. öff. Rechte*, págs. 146 y siguientes (2.<sup>a</sup> ed., pág. 154).

Los monarcas, por el contrario, son órganos primarios del Estado. Si las Constituciones belga y rumana, siguiendo el modelo de la francesa de 1791, consideran al rey como representante de la nación, esto no tiene alcance jurídico alguno; pues el pueblo no puede nombrar al rey, desposeerlo, ni exigirle responsabilidad; por lo cual le falta toda posibilidad de aparecer frente á él como órgano primario. Aquellos principios constitucionales tienen sólo la significación de que, mediante ellos, se expresa el hecho histórico de la implantación de la dinastía por la elección de las Cámaras y se determina la competencia de la Corona (1). Tampoco en las monarquías basadas en principios democráticos tiene el jefe del Estado por esta razón el carácter de representante del pueblo (2).

Aún queda una tercera dirección, en la que esta idea de la representación adquiere grande importancia (3). Si un funcionario ejerce su misión con independencia del jefe del Estado, y por consiguiente, no está sometido á las órdenes de éste, enton-

(1) Después de realizada la delegación originaria, el poder del rey es tan irrevocable como si procediese de un derecho tradicional y originario. Vauthier, ob. cit., pág. 20. Véanse también las acertadas observaciones de Smeud, ob. cit., págs. 47 y sigs.

(2) Pero puede muy bien ejercer en la monarquía los derechos secundarios del monarca. Por ejemplo, el regente es el representante del monarca impedido. Véase en el cap. ant. II, 1, y *System*, págs. 145 y sig. (2.<sup>a</sup> ed., págs. 153 y sig.)

(3) No es esta la ocasión de explicar todas las relaciones de representación. Así, los derechos del Emperador en el imperio descansan en la representación de los Gobiernos confederados, y la situación del canciller imperial es, en realidad, de representación. El *Statthalter* de la Alsacia-Lorena representa al Emperador, en tanto que ejercita atribuciones imperiales. Las autoridades colegiales representan por lo común al presidente, etcétera.

ces, en tanto que es independiente, es representante del jefe del Estado y no órgano mediato de él. Esto es aplicable especialmente á los jueces. Allí donde, como acontece en los Estados Unidos, éstos no tienen un superior, y son nombrados, ya por sufragio del pueblo, ya por el poder ejecutivo, sin que éste ejerza sobre ellos influjo alguno, es manifiesto el carácter representativo del juez, los cuales en tales Estados son órganos inmediatos y secundarios de éste (1). Otra cosa acontece en los Estados en que los jueces se ven sometidos de un modo permanente al poder de la autoridad suprema que los nombra. En tales casos, tienen el carácter de órganos mediatos en cuanto sometidos á las facultades de la administración de justicia, y al declarar el derecho son representantes del jefe del Estado. Declarar el derecho en nombre del monarca, quiere decir que el juez obra como órgano secundario de éste, que su voluntad es, de un modo inmediato, la voluntad del monarca, así como la voluntad del representante del pueblo es voluntad del pueblo. Con una admirable intuición han dado expresión jurídica á esta idea los ingleses, al atribuir al rey la ubicuidad en los tribunales y afirmar que el rey habla por boca de los jueces mismos (2). La situación de los jueces en la monarquía es, por tanto, la de órgano secundario mediato é inmediato. Aún con más claridad que en los jueces profesionales se muestra este carácter en los que no ofrecen este carácter. Con el desenvolvimiento progresivo de los tribunales especiales industriales para resolver las diferencias en el seguro obrero, en los cuales

(1) Véase *System*, pág. 151 (2.<sup>a</sup> ed., 158), N. 1 (2). Gierke ha afirmado que los jueces deben ser considerados esencialmente como órganos inmediatos del Estado. *Genossenschaftsrecht*, I, pág. 829.

(2) Blackstone, I, 7, compara al juez con un espejo en el que se refleja la imagen del rey.

la elección de juez compete al Gobierno, se hace cada vez más difícil determinar la cualidad jurídica de órgano secundario del juez.

También en los tiempos modernos se han creado autoridades administrativas en el Estado, sustraídas total ó parcialmente á un poder de autoridad superior, de suerte que en ellas la derivación de su competencia de órganos superiores del poder reviste asimismo el carácter de una ficción, tanto más cuanto que la dicha competencia sólo en una pequeña parte ha sido instituída por el jefe del Estado. Los Consejos provinciales prusianos, las Comisiones de distrito ó provincia, los Consejos de distrito en Baden, las Comisiones de distrito y de provincia en Sajonia, la Oficina imperial de seguro y otras autoridades políticas revestidas de *imperium* en las que el carácter honorario juega tan gran papel, son independientes, dentro de estas atribuciones, de todo poder, á tal punto, que apenas si se las puede colocar en el rango de las autoridades incluídas por nosotros entre los órganos mediatos, y es cuestionable si sus funciones pueden ser consideradas como formando parte potencialmente de la competencia del monarca. Daremos una explicación más detallada de esto cuando nos ocupemos de la autonomía administrativa.

6. Lo que hemos dicho del Estado es aplicable á las asociaciones de derecho público. También poseen ellas órganos representativos cuando quien tiene poder para decidir no es la totalidad de los miembros, sino una comisión delegada por ellos; mas esto sólo vale para la deliberación y decisión, no para la ejecución. El proceso característico de la evolución de la democracia moderna no ha abarcado tan ampliamente el derecho de asociación como para que se consideren las juntas de las corporaciones de derecho público, especialmente la de los Municipios, como órganos de la corporación, sino que este carácter lo tiene como expresión de la totalidad de los miem-

bros. Más bien se funden aquí las asambleas y representaciones municipales como órganos de creación; ambas dan á la corporación, mediante el acto electoral, un órgano primario é inmediato. Sólo á la representación elegida de tales corporaciones es á la que se aplica, por analogía, la idea de la representación. Alcaldes y concejales, por ejemplo, son por esto órganos primarios, y el colegio de los diputados de la ciudad, concejales, etc., órgano secundario, inmediato, de la misma (1).

(1) Es de extrañar que la idea de la representación en la organización de las asociaciones de derecho público no haya sido objeto hasta ahora de investigaciones especiales y minuciosas en la literatura moderna. En las nuevas leyes municipales ha encontrado ya cabida el principio aplicado á los miembros de las Cámaras, á saber: que los miembros de las representaciones del Municipio no están obligados por instrucciones ó mandatos de los electores. Véase, por ejemplo, *Preuss. Städteordnung f. d. östl. Prov.* del 30 de Mayo de 1853, § 35. *Landgemeindeordnung f. d. östl. Prov.* de 3 de Julio de 1891, § 102.

## CAPÍTULO DIEZ Y OCHO

### Las funciones del Estado.

#### 1.—Historia de la teoría de las funciones.

Quien considere la teoría de las actividades del Estado, fácilmente habrá de comprender que la investigación abstracta del Estado ha de conducir á un exacto conocimiento de él, y que mediante un conocimiento cada vez más amplio, se habrán de ir fijando las funciones esenciales del mismo. La historia de la literatura del Derecho Político nos presenta una masa confusa de ensayos de clasificación. Sin embargo, subsiste y se mantiene con gran significación aquella que separa como direcciones fundamentales del poder del Estado las funciones legislativa, ejecutiva (gobierno y administración) y judicial, abstracción hecha de las diferencias relativas á la concepción de la naturaleza y modo de estar relacionadas estas funciones. Las otras divisiones efímeras han sido desechadas á causa de un progreso en el conocimiento de la naturaleza del Estado, que ha hecho que prevalezca la doctrina más acertada.

El examen atento de esta cuestión muestra que aquí, como en todas las doctrinas serias sobre política y derecho político, las distintas divisiones que ostentan un carácter científico han tomado por base la realidad histórica de la vida del Estado en la época en que estas doctrinas se formularon. Todas las divi-

bros. Más bien se funden aquí las asambleas y representaciones municipales como órganos de creación; ambas dan á la corporación, mediante el acto electoral, un órgano primario é inmediato. Sólo á la representación elegida de tales corporaciones es á la que se aplica, por analogía, la idea de la representación. Alcaldes y concejales, por ejemplo, son por esto órganos primarios, y el colegio de los diputados de la ciudad, concejales, etc., órgano secundario, inmediato, de la misma (1).

(1) Es de extrañar que la idea de la representación en la organización de las asociaciones de derecho público no haya sido objeto hasta ahora de investigaciones especiales y minuciosas en la literatura moderna. En las nuevas leyes municipales ha encontrado ya cabida el principio aplicado á los miembros de las Cámaras, á saber: que los miembros de las representaciones del Municipio no están obligados por instrucciones ó mandatos de los electores. Véase, por ejemplo, *Preuss. Städteordnung f. d. östl. Prov.* del 30 de Mayo de 1853, § 35. *Landgemeindeordnung f. d. östl. Prov.* de 3 de Julio de 1891, § 102.

## CAPÍTULO DIEZ Y OCHO

### Las funciones del Estado.

#### 1.—Historia de la teoría de las funciones.

Quien considere la teoría de las actividades del Estado, fácilmente habrá de comprender que la investigación abstracta del Estado ha de conducir á un exacto conocimiento de él, y que mediante un conocimiento cada vez más amplio, se habrán de ir fijando las funciones esenciales del mismo. La historia de la literatura del Derecho Político nos presenta una masa confusa de ensayos de clasificación. Sin embargo, subsiste y se mantiene con gran significación aquella que separa como direcciones fundamentales del poder del Estado las funciones legislativa, ejecutiva (gobierno y administración) y judicial, abstracción hecha de las diferencias relativas á la concepción de la naturaleza y modo de estar relacionadas estas funciones. Las otras divisiones efímeras han sido desechadas á causa de un progreso en el conocimiento de la naturaleza del Estado, que ha hecho que prevalezca la doctrina más acertada.

El examen atento de esta cuestión muestra que aquí, como en todas las doctrinas serias sobre política y derecho político, las distintas divisiones que ostentan un carácter científico han tomado por base la realidad histórica de la vida del Estado en la época en que estas doctrinas se formularon. Todas las divi-

siones de las funciones del Estado, debidas á escritores de importancia, revelan que, al hacerla, tuvieron presente el estado concreto de su época y abstrayeron después, de las actividades observadas, una doctrina general. El camino así abierto es el que ha sido continuado. De un modo más ó menos manifiesto, todos los escritores parten del sistema de los órganos del Estado ó de las atribuciones formales del órgano supremo de éste, tal como se ofrecía en su tiempo, é intentan reducir los distintos órganos ó formas externas de la actuación de la voluntad del Estado á sus funciones fundamentales, á causa de la convicción, inconsciente á menudo, de que la separación de los órganos y formas necesita tener como base una distinción real. Una vez más búscase en la historia lo racional, y con el caso particular histórico se construye la teoría general.

Esto se ha mostrado por vez primera de un modo incuestionable en la antigua doctrina del Estado. La célebre teoría de Aristóteles sobre las tres partes del poder de aquél (1), se limita simplemente á describir los caracteres típicos del Estado griego de entonces, Senado, autoridades, tribunal popular, y de las actividades que estas tres ejercitan, deriva él una división de los asuntos del Estado.

Los asuntos que atribuía al βουλευόμενον περί τῶν κοινῶν, no tienen un enlace íntimo, sino que corresponden simplemente al círculo de actividad del órgano supremo del Estado-ciudad de los griegos. Estas diversas atribuciones, decisión sobre la guerra y la paz, sobre alianzas, legislación, justicia, delitos graves, elección de empleados y jueces, son las que competen al elemento supremo del Estado (κύριον), y son, por esto mismo, en su conjunto, los más importantes asuntos de éste. (De igual modo considera Aristóteles que los magistrados tienen un poder de mando, y esta razón le hace ver en tal competencia

(1) *Pol.*, IV, 1.297, b., 1.998, a.

el signo principal de ἀρχαί, así como el juez tiene como contenido de su actividad la δικάζων. De las funciones, pues, que se derivan de estos tres elementos de la organización del Estado, deduce Aristóteles una división de los asuntos del mismo. A sujetos distintos deben corresponder funciones diferentes. La relación de derivación no se ha de establecer de funciones á órganos, sino más bien al contrario.)

(La teoría moderna del Estado tuvo que habérselas en sus comienzos con la monarquía absoluta. En ella no se puede encontrar otra división de las actividades del Estado que las que atañen á las direcciones particulares del poder monárquico. En lucha con la doctrina de Aristóteles, afirma Bodino (1) la teoría de los derechos de soberanía ó de majestad, con los cuales forma una serie que enumera cual si fuesen hechos que no han menester de justificación. En otro lugar hemos mostrado cómo tenía presente ante todo las relaciones históricas francesas de su tiempo. Otro tanto sucede con Hobbes, que pugna por derivar de los fines del Estado los derechos particulares del soberano, los cuales toma esencialmente de la organización del Estado inglés. En una forma más clara y sistemática intenta Puffendorf, en Alemania, deducir de la naturaleza del Estado las *partes potentialis summi imperii* como medios lógicos necesarios para alcanzar los fines del Estado (2). Pero también estas divisiones, precisamente porque en apariencia sólo tienen un carácter racional, llevan consigo algo

(1) I, 10, pags. 232, 235.

(2) VII, 4, 2 y sigs. Distingue como *parte potentialis*, la *potestas legislativa*, *penas sumendi*, *judiciaria*, *belli et pacis idemque fœderum ferendorum*; además, el *jus magistratus constituendi* y *tributa indicendi* y, por último, el *examen doctrinarium*. También Puffendorf tuvo en consideración, para su división, las relaciones del Estado de entonces, especialmente del Estado territorial alemán desde la paz de Westfalia.

de arbitrarias y el que tales exteriorizaciones del poder supremo sean divididas de este ó aquel modo depende enteramente de un criterio subjetivo.) Posteriormente, la literatura alemana se ha mostrado como si careciese enteramente de principios (1). Las complicadas relaciones políticas de entonces, unido al carácter patrimonial de los Estados particulares, influyeron en la concepción de las relaciones, orientándolas en una dirección favorable al Estado absoluto de policía, de suerte que los príncipes llegaron á disfrutar de una variedad confusa de derechos supremos, distintos en este sentido de los derechos de soberano. Con este concepto del derecho de soberanía mézclase el antiguo de los derechos de regalía del emperador con el teórico de los derechos de majestad. Como no se puede hallar una distinción general de estos derechos de soberanía, se les diferencia por su objeto, y de aquí nace un gran número de derechos soberanos que empiezan por el de guerra y continúan con el de caza, pesca, etc., á los que se les somete después á divisiones totalmente infructíferas, tales como las de derechos esenciales y accidentales, generales y particulares, cedibles y no cedibles, directos é indirectos, limitados é ilimitados, interiores y exteriores, superiores é inferiores, útiles y no útiles (2). Todas estas divisiones, casi olvidadas hoy, han dejado no obstante una enseñanza, á saber, que es enteramente anticientífico querer agotar los poderes del Estado por la enumeración de sus contenidos.

El concepto del derecho material de soberanía sólo tiene hoy una significación práctica en cuanto debe indicar en casos

(1) Véase acerca de esto Dock, *Souveränitätsbegriff*, página 62 y sigs., así como la rica bibliografía que contiene.

(2) Véase una recopilación de estas divisiones en Klüber, § 99, N. c. Una vuelta á estas antiguas teorías representan hoy las de Seidler y Rosenberg, véase cap. XIV, II.

concretos la dirección del poder del Estado en un determinado punto. De aquí que se haya hecho uso de este principio al tratar de la doctrina de la división de las funciones del Estado en un Estado federal y en un miembro de éste; pero no se pretende convertir un principio de división en un principio para el conocimiento de la esencia de la actividad del Estado, sino que simplemente se trata de designar al poder de éste desde el punto de vista de determinadas competencias. Si se habla en tales casos ó en otros de los derechos de soberanía territorial, derecho de guerra, de justicia, etc., nunca se quiere indicar con ellos poderes separados, sino objetos distintos de un único poder del Estado.

Otro principio de división es el que se refiere al sistema de las autoridades. Es verdad que el soberano territorial centraliza en su persona toda la actividad del Estado; pero bajo él se encuentra distintas clases de autoridades para las diferentes ramas de la administración, las cuales, por tanto, se dividen de una manera puramente formal, según las diferencias que existen entre esas autoridades. Conforme al modelo francés, se han separado desde el siglo xvi, de un modo más ó menos acentuado, distintos órganos, tales como el encargado de asuntos extranjeros, el de cuestiones militares, el de hacienda, el de justicia y el de policía. Aun allí donde se hallen reunidas varias de estas cuestiones administrativas, puede encontrarse una separación interior entre las autoridades mismas, debida ya á divisiones particulares, bien á la separación de alguno de los grados de competencia. De este modo nace la doctrina de los cinco grandes ramos de la administración, doctrina que descansa, ante todo, en la diferencia de autoridades y no en la diferencia material del grupo mismo; por lo cual es muy difícil, y á veces imposible, basar en esta división una distinción conceptual. Á causa de la unión íntima que existe entre todas las actividades administrativas, hay ocasiones en que con igual

derecho puede caer un asunto dentro de una ú otra rama de la administración.

A fines del siglo anterior se unió esta doctrina de la división de los órdenes de la administración á la antigua de las regalias y á la nueva teoría francesa de la división de poderes, resultando una síntesis muy adecuada, por lo demás, á la época en que precisamente se efectuaba la transformación del antiguo territorio en moderno Estado. Por eso hallamos por ejemplo en Höpfner, entre los derechos de majestad, no sólo el del poder legislativo y ejecutivo, sino el económico y el de policía (1), y en Schlözer, junto á la *potestas legislativa y ejecutiva* una *potestas cameralis* (2). Gónner establece toda una serie de poderes, además del reglamentario y el judicial, tales como el de policía, el ejecutivo, el penal y el financiero (3). Leist busca el medio de utilizar, para su clasificación de las funciones del Estado, la oposición que establecen las teorías francesas entre el poder legislativo y ejecutivo como derechos particulares de gobierno, y estos mismos poderes como derechos generales de gobierno (4), lo que halló continuadores durante largo tiempo.

Tampoco puede hacerse consistir la oposición entre justicia y administración, tal como en Alemania se ha ido formando, en una separación conceptual, sino, ante todo, en una oposición entre las autoridades y de éstas con respecto al soberano. La Edad Media desconoció esta oposición. La concepción eclesiástica de la *jurisdictio* abarca, asimismo, no sólo el poder judicial en el sen-

(1) Ob. cit., pág. 1.

(2) Ob. cit., pág. 100 y sig.

(3) *Staatsrechts*, págs. 422 y sigs.

(4) *Lehrbuch des teuschen Staatsrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 303, 360 y sigs. Los derechos particulares de gobierno comprenden, además de los de establecer y nombrar á los funcionarios, los poderes de justicia civil y criminal, policía, hacienda y el poder militar.

tido estricto, sino todo poder de autoridad. En el Imperio, jamás se llega á una distinción fundamental entre justicia y administración. El consejo supremo del imperio, es tanto autoridad judicial cuanto administrativa en el sentido actual. Por el contrario, á partir del siglo xvi, mediante la centralización cada vez más fuerte del poder del príncipe, y con la mayor intensidad que adquieren al propio tiempo las actividades administrativas, van apareciendo nuevas autoridades al lado de la de los señores ó bien se unen las nuevas actividades administrativas á los tribunales ya existentes. La separación entre la justicia y la administración, ó se ha fijado más tarde, ó se ha restablecido la antigua substantividad de los tribunales ordinarios. No hay, ni puede darse, un signo general material que separe la justicia de la administración. Por eso, aun hoy, todos los teorizadores se contentan con afirmar que esta oposición se ha formado históricamente, y que corresponde á la justicia lo que como tal se ha ido considerando en la evolución de la historia. La evolución moderna de la jurisdicción administrativa, así como las profundas investigaciones doctrinales acerca de la naturaleza de la jurisdicción y de la administración, muestran que la distinción entre justicia y administración es cada vez más formalista, esto es, que se trata de categorías que hay que referir á los fenómenos exteriores de las autoridades que las ejecutan, las cuales no pueden aclarar las diferencias de las funciones del Estado que alcanzan en ellas su expresión.

La distinción más fecunda y científica entre las funciones del Estado, es la que nace del reconocimiento de la oposición en que se encuentran determinados miembros del mismo (1). Acontece con este tema lo que ocurre con la oposición

(1) Para la historia de la doctrina de la división de poderes, véase Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, París, 1881, págs. 3 y sigs.; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, págs. 36

entre príncipe y pueblo—ó sea el dualismo del Estado medioeval,—esto es, que ha influido de un modo poderoso en la formación del Estado moderno. El intento de hacer una unidad de príncipe y pueblo sólo puede conducir á conceder á uno un lugar preeminente y á otro un lugar subordinado. Si se atribuye al pueblo el supremo poder, éste no puede manifestarse sino mediante las conclusiones que la mayoría adopte, cuyo contenido forman las leyes. Esto es lo que afirma la teoría aristotélica, que tanto ascendiente tuvo en la Edad Media, acerca de las relaciones del Senado con las autoridades, así como la doctrina romana del derecho del pueblo para legislar, las cuales doctrinas ofrecen, en la época de apogeo del poder de los estados ó clases, á la doctrina del Estado de la Edad Media, la forma jurídica para la relación entre *populus* y *rex*. Aquellos que representaban el derecho del pueblo afirmaron enérgicamente, á causa de esto, la superioridad de la ley sobre el rey, ante la cual el príncipe es un mandatario á quien se confía la ejecución de aquélla. Marsilio de Padua, al comienzo del siglo xiv, estableció una distinción entre el poder legislativo y el ejecutivo, paralela á la de pueblo y príncipe (1). Las teorías del derecho del pueblo, muévense en la época que sigue dentro de este mismo círculo de ideas. Así, por ejemplo, entre los monarcómacas el rey es considerado como *minister, custos, executor legum* (2). Estos escritores se refieren á instituciones de

y sigs.; D'Eichthal, págs. 98 y sigs.; Esmein, *Droit const.*, pág. 300 y sigs.

(1) *Defensor pacis*, I, 12, 13. Además, en el siglo xv, Nicolás de Cusa, *De concordantia Catholica*, Pref. I, II, 14. Véase sobre ambos Rehm, *Geschichte*, pág. 187 y sigs., el cual hace notar acertadamente, que ambos se basan, para esta distinción, en las diferencias de órganos, no en las de funciones.

(2) Véase Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pág. 58 y sigs.

clases, y si bien es verdad que en la época de los Tudores está ya enteramente terminada la constitución del Parlamento, también es cierto que esto mueve á Hooker, bajo el reino de Isabel, á estimar por vez primera la función del rey como subordinada á la del legislador (1). En la época del *Commonwealth*, á causa de la situación creada, se establece una distinción clara entre una y otra, pues la situación del Protector y del Parlamento necesitaron ser expresamente regladas en virtud de la transformación de la Constitución, la cual no había de volver á descansar sobre las tradiciones del derecho común: así se expresó en el *Instrument of government* (2). Después de la revolución de 1688, la situación del rey advino enteramente distinta mediante el *Bill of Rights*, no sólo á causa de las relaciones efectivas del poder, cuanto por razón de la limitación de algunas de sus atribuciones. Por todo lo cual, la situación de la Corona llegó á ser diferente de la que había sido en la época de la dinastía de los Estuardos, definitivamente expulsada. Al nuevo orden del Estado le ha dado Locke su expresión, al distinguir el poder legislativo ó dominante del ejecutivo ó subordinado y colocar sobre ambos el poder federativo y la prerrogativa.

La teoría de Locke, por importante que haya sido para la doctrina del Estado democrático, singularmente á causa de su influjo en la ley constitucional americana, no rompe en modo

(1) *The Law of Ecclesiastical Polity*, I, 10. Edición Morley, London, 1888, pág. 96 y sigs. Véase también Jellinek, *Gesetz u. Verordnung*, pág. 48 y sigs.

(2) I. «That the supreme legislative authority in the Commonwealth of England... shall be and reside in one person, and the people assembled in Parliament.»

II. «That the exercise of the chief magistracy and the administration of the government... shall be in the lord Protector...» Gardiner, *Const. Docum.*, pág. 314.

alguno con la antigua concepción del rey al apoyarse completamente en las bases de la teoría de la soberanía del pueblo. Las cuatro funciones de que habla se reducen á dos órganos, uno de ellos el rey, al cual deben corresponder, no sólo el poder ejecutivo, sino también el federativo y la prerrogativa. También le atribuye una parte positiva en la legislación tal y como era propio de los reyes y del jefe supremo del Estado, aun en la época de la república, en Inglaterra. Pero la prerrogativa (concepto peculiar del derecho inglés) significa lo que corresponde al rey una vez deducidas las limitaciones que le impone el Parlamento, poder que ejercita de una manera libre en interés del bien común (1). Según Locke, el rey posee además toda *jura majestatica* tal como hablaba de ello la teoría, desde la época de Bodino y Hobbes, y á pesar de su obediencia y subordinación á la ley, se le ha de considerar como el órgano supremo del Estado, como el soberano.

A pesar de haberse inspirado en las concepciones de algunos autores anteriores (2), fué Montesquieu el primero que hizo dar un paso decisivo (3) á la teoría de que venimos ocupándonos.

(1) Locke, II, 14, § 159 y sigs. Es muy expresivo, especialmente este pasaje: «Many things there are which law can by no means provide for, and those must necessarily be left to the discretion of him that has the executive power in his hands, to be ordered by him as the public good and advantage shall require», § 159. Locke atribuye á la prerrogativa, según la antigua concepción inglesa, el derecho de determinar el tiempo, el lugar y la duración de las sesiones del Parlamento (§ 107).

(2) Véanse nuevos datos acerca de los orígenes de la doctrina de la división de los poderes del Estado en Inglaterra, y su conexión con las antiguas teorías de las formas mixtas del Estado, en Hatschek, *Engl. Staatsr.*, pág. 19 y sigs.

(3) Esto debe ser afirmado enérgicamente contra la moda

por cuanto no sólo diferencia, como había acontecido hasta entonces á menudo, las funciones objetivas del Estado conforme á las Constituciones existentes, sino que quiere atribuir aquéllas á órganos separados entre sí. Hay en todo Estado tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. El segundo aparece en Montesquieu en lugar del que Locke había llamado federativo, y representaba por tanto la actividad del Estado dirigida hacia el exterior (1). No se hallará en él una clara visión acerca de la naturaleza de la administración, muy desarrollada ya por entonces; por esto cae toda ella en Montesquieu dentro

de presentar á Montesquieu meramente como un repetidor de puntos de vista extraños. Ni Locke ni Bolingbroke (véase acerca de su doctrina G. Koch, ob. cit., I, 1892, pág. 145 y sigs.), ni Swift, al cual Jannsen, en su obra *Montesquieu Theorie von der Dreiteilung der Gewalten im Staate auf ihre Quellen zurückgeführt*, 1878, quiere presentar como el verdadero autor de esta doctrina, han concebido todos los elementos de la división de poderes en la forma que el autor de *L'esprit des lois*. También es preciso ser cautos respecto al conocido reproche de que Montesquieu no ha conocido la Inglaterra real, porque no se propuso hacer de ella la base de su doctrina. Por eso dice en un lugar apenas citado del famoso capítulo VI del libro XI: «Ce n'est point à moi à examiner si les Anglais jouissent actuellement de cette liberté ou non. Il me suffit de dire qu'elle est établie par leurs lois, et je n'en cherche pas davantage.» No podía decir con más claridad Montesquieu que no era la Inglaterra real la que realizaba la libertad política, sino una Inglaterra construída por él como prototipo de Estado, tomando por base determinados datos concretos.

(1) Primeramente la llama (XI, 6) la «puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens»; de aquí deduce, como formando su contenido, el derecho de la guerra y la paz, el de enviar embajadores, el de mantener la seguridad, evitar las invasiones, y la llama «simplement la puissance exécutive de l'État».

del dominio de la ejecución de la ley. Los ingleses, mediante su idea de la prerrogativa, que abarca todas las facultades administrativas del rey, estaban preservados de incurrir en esta unilateralidad. De la consideración de las ideas dominantes oficialmente por entonces en la Constitución inglesa, saca Montesquieu esta convicción: que á órganos completamente separados unos de otros en sus *funciones* corresponden poderes internamente separados también, pues á pesar de todos los contactos que puedan establecerse entre los titulares de los poderes, las funciones de cada uno de éstos quedan separadas entre sí. El jefe del poder ejecutivo ejercita la *faculté d'empêcher*, pero no la *faculté d'statuer*; y si él opone su veto á una ley, no por esto tiene una parte positiva en la legislación. El poder legislativo no puede, sin duda alguna, detener la marcha del ejecutivo, pero le corresponde determinar el modo y manera cómo éste ha de ejecutar la ley (1). La única excepción que establece Montesquieu, es la relativa á las atribuciones judiciales de la Cámara de los Lores. Pero no sabía él que esta Cámara era el más alto tribunal judicial de Inglaterra, y en su virtud justifica los casos conocidos de jurisprudencia de este tribunal como desviaciones de un princi-

(1) En esto pueden hallarse, sin duda, desviaciones del principio de la división de poderes. El ejercicio del veto no es por su naturaleza un acto del ejecutivo, sino que significa, incluso tal como Montesquieu lo concibe, una participación en el proceso de la legislación; del propio modo que una Cámara, al votar contra la decisión de otra, ejerce funciones legislativas. Esto lo reconoce el propio Montesquieu al decir, á propósito del veto de los Lores sobre cuestiones financieras, que esta Cámara «n'ait de part à la législation que par sa faculté d'empêcher». El control del Gobierno tampoco es un acto de legislación. Así, pues, cada poder toma del otro el medio para mantener el equilibrio entre ellos.

pio—mantenido consecuentemente por lo demás—por razones de carácter finalista.

Si se considera la doctrina de Montesquieu desde el punto de vista de la teoría de las funciones, se observará que, á semejanza de todos sus predecesores, ha deducido de la diferencia de los sujetos la de las actividades objetivas llevadas á cabo por éstos. La distinción más importante entre él y sus antecesores, consiste en que, en su tipo ideal de Estado, deben coincidir, generalmente, la diferencia subjetiva y la objetiva; en tanto que desde Aristóteles hasta Montesquieu se fundó el conocimiento de la distinción objetiva en la distinción del sujeto, sin hallar obstáculo alguno para que las mismas personas participen del ejercicio de varias ó de todas las funciones. Según Aristóteles, las mismas personas pueden sentarse en el Senado, en el Gobierno, en el Tribunal, y según Locke, el monarca participa de todas las actividades del Estado.

De esta concepción había de derivarse para Montesquieu la afirmación de que en el mundo no inglés están unidos varios poderes en un individuo, y sólo en el Estado ideal coinciden los poderes subjetivo y objetivo; en los demás, era precisa la oposición entre funciones materiales (objetivas) y formales (subjetivas). Él habla expresamente de Estados en que dos ó más poderes se encuentran unidos en una mano; pero en esencia permanecen separados, si bien esta separación no sea visible en el sujeto (1). No lleva esta idea más lejos, del propio modo que no se encuentra en él una investigación detallada acerca de la legislación, del poder ejecutivo y del judicial.

Doctrinas posteriores han tratado de mejorar la de Montesquieu; pero no de sustituirla con otra del todo nueva. Aquel equilibrio de los poderes, del que esperaba Montes-

(1) XI, 12, 14, 16 á 20.

quieu la conservación de la libertad, lo creen otros, ó contradictorio con los principios del Estado, ó irrealizable. La doctrina de la soberanía popular, de Rousseau, descansa en el principio de la unión de los poderes en el pueblo; si bien distingue la legislación que es irrepresentable, del gobierno, el cual puede ser confiado á un *corps intermédiaire* entre pueblo é individuo, que ha de estar subordinado estrictamente á la voluntad popular como lo está la fuerza á la voluntad (1). Bajo el influjo de Rousseau ha aceptado la Revolución francesa la doctrina de Montesquieu, con la modificación importante de que el poder legislativo sea el supremo. Clermont-Tonnerre y Benjamín Constant, que le sigue, han construído un *pouvoir royal* ó *pouvoir neutre* (2). Este poder real se ha formado según el modelo de la prerrogativa inglesa (3) y debe servir para justificar teóricamente la existencia del rey en los Estados regidos parlamentariamente; pues en éstos el poder ejecutivo corresponde al ministerio, según la división tripartita de Montesquieu, y al rey no le queda atribución alguna. En Alemania se ha intentado transformar los tres poderes en derechos formales de la soberanía, y colocar junto á ellos, como poder independiente, uno ú otro de los antiguos derechos de majestad, ó bien se les ha incluido como una subdivisión del poder ejecutivo en la doctrina de las funciones. A distinción de la francesa, nacida de las necesidades prácticas de la política, tienen los intentos alemanes un carácter meramente literario, y sólo por virtud de la repulsa general del principio de la división de los poderes, debido al derecho federal, han tomado estas teorías un aspecto práctico.

(1) *Contrat social*, II, 2, III, 1.

(2) Constant, *Cours de politique const.*, I, pág. 18 y sigs.

(3) Constant, I, pág. 180 y sigs.

## II. División de las funciones del Estado.

Una construcción tan complicada como la del Estado, puede ser considerada desde distintos puntos de vista, y por esto es dable someterla á diversas divisiones, atendiendo á los diferentes fenómenos que ofrece (1). Otro tanto ocurre con sus funciones. Pero el campo de acción se estrecha si se aplica esta división á los fines prácticos, para comprender, tanto la estructura del Estado, cuanto la naturaleza de su ordenación jurídica. Sólo tienen valor aquellas divisiones que penetran en la actividad del Estado y no se detienen en lo exterior. Pero ninguna división puede ofrecer una perfección lógica, porque se trata de comprender la vida y no una materia muerta, y todo lo vivo, aun cuando se dirija á la práctica, está á menudo privado de lógica. Sólo la escolástica, muerta, podría buscarla y exigirla en todo momento, aunque en vano.

La clasificación de los contenidos de las funciones del Estado en los distintos órdenes de la administración no es una división de aquéllas. La separación de las cinco grandes ramas de ésta, á saber: asuntos exteriores, guerra, justicia, hacienda é interior, indica solamente los problemas que el Estado se ha puesto, pero no sus actividades particulares. Bajo el influjo de la teoría absolutista del Derecho Natural, según la cual se trataba de derechos del soberano y no de objetos de actividades

(1) De aquí las quejas de Haenel, *Staatsr.*, I, pág. 119, acerca de la completa indisciplina que domina, tanto en la práctica cuanto en la ciencia y la arbitrariedad en la determinación de los conceptos y en la terminología de los fenómenos fundamentales de la vida del Estado. Esto ocurre y ocurrirá no sólo con el Estado, sino con todo el mundo del espíritu, hasta tanto que los hombres no reciban una impresión espiritual tan honda que les imponga el aceptar sin contradicción determinados conceptos.

del Estado, se ha conservado hasta los tiempos modernos la idea de los «derechos materiales de soberanía», á pesar de que la nueva ciencia del Derecho Administrativo ha triunfado con justicia sobre ella. Ramas de la administración no indican funciones substantivas. La actividad del Estado en el ejercicio de la policía industrial, ó al establecer la obligación escolar, el servicio militar obligatorio, etc., es esencialmente una é igualmente los supuestos y restricciones de su acción en estos órdenes, los cuales indican los problemas de la administración, pero no la administración misma (1).

1. La primera división legítima es la que deja vislumbrarse en la doctrina de la división de los poderes. Aun cuando esta teoría la haya rechazado la ciencia alemana, ha aceptado, bajo el influjo de los franceses, la moderna doctrina del Derecho Político, ó sea la teoría de la división tripartita de las funciones del Estado, la cual, en muchos puntos importantes, se formula de otra manera á como lo habían hecho Montesquieu y sus continuadores.

(1) Haenel, *Studien*, II, pág. 180 y sigs., y *Staatsr.*, I, página 127 y sigs., utiliza la antigua categoría de derechos materiales de soberanía para determinar el concepto de la administración. Esta significa para él la actividad total del Estado, dirigida á la realización de los problemas de éste. Pero tal concepto carece de limitación y le hace incapaz de suministrar un conocimiento de la naturaleza de la actividad del Estado. Como, según esta doctrina, todo el cumplimiento del derecho forma parte de la administración, llega Haenel á incluir dentro de la administración al Derecho Privado, pues aquella abarca todos los órdenes de la misma, una de cuyas partes es la legislación del Derecho Privado, *Staatsrecht*, I, págs. 171 y sigs. Esta doctrina, en su desarrollo pleno, se deja aprisionar en el siguiente principio: Para la solución de cualquier problema del Estado, se necesita la concurrencia de todas las funciones del mismo. Esto es muy justo, sin duda alguna, pero evidente por sí mismo.

Ante todo, rechaza la teoría alemana el doctrinarismo—del cual no se puede hacer enteramente autor á Montesquieu,—consistente en atribuir exclusivamente cada función á un órgano y exigir la separación entre éstos para el ejercicio de sus funciones. En primer lugar, la situación de los monarcas alemanes no se deja encerrar dentro de la antigua concepción francesa, porque no representan ellos nunca exclusivamente el poder ejecutivo, y además es imposible, dado el nexo íntimo de toda la vida del Estado, hacer una exposición de las funciones, ateniéndose á los órganos correspondientes.

Así como lo que es interiormente distinto tiende á exteriorizarse de un modo diferente, de igual suerte las diversas funciones propenden á mostrarse en órganos peculiares. La separación de las funciones corresponde á la división del trabajo entre los órganos. Esto quedará justificado en tanto refiramos la diferencia de los órganos á la de las funciones, que es lo que se ha venido haciendo durante toda la historia de la doctrina de éstas. El poder del Estado no se deja fraccionar en sus manifestaciones exteriores, de suerte que pueda hacerse una división de las funciones por los órganos correspondientes. Han sido más bien consideraciones acerca de los fines las que han determinado las funciones que á cada órgano se habían de encomendar. Por esto, como hemos hecho notar anteriormente, aun en los países en donde está reconocida la separación de los poderes, no es posible realizarla de una manera completa, aun siendo conscientes de que se desvían del principio. En los Estados Unidos, por ejemplo, el Congreso declara la guerra y el Senado está encargado de aprobar actos administrativos del presidente (ratificación de Tratados internacionales, nombramiento de funcionarios), juzga de los delitos contra el Estado y reúne en sí, por tanto, las tres funciones. Aún se ha apartado más la práctica del principio. Al Presidente corresponde respecto de las últimas sesiones del Congreso, no sólo

un veto suspensivo, sino absoluto, exactamente como un monarca que tuviera una participación positiva en la legislación (1). Los jueces tienen además, en virtud de la facultad que les confieren las leyes, el derecho de interpretar la constitucionalidad de éstas, lo cual equivale á ejercer una actividad legislativa (2). Aún menor es esta separación entre los muchos Estados que no conocen la división de poderes en esta forma extrema, sobre todo los Estados en que prevalece el régimen parlamentario. Tal acontece en Inglaterra, donde el Parlamento no sólo es legislador, sino que participa directamente en la administración mediante los *private bills*, donde la Cámara de los Lores es el Tribunal Supremo del reino, donde el Gabinete necesita pertenecer al Parlamento, y no en la forma, sino en los hechos, es designado por éste el primer ministro, y, por consiguiente, todo el Gabinete de un modo indirecto, donde el Lord Canciller es presidente de la Cámara de los Lores y al mismo tiempo juez supremo del reino, y donde los jueces de paz, en algunas instancias, conocen de cuestiones de justicia y administración.

De todo esto se deduce la necesidad de separar las funciones en materiales y formales, esto es, distinguir las grandes direcciones de la actividad del Estado y las de determinados grupos

(1) Como el presidente tiene un plazo de diez días para aceptar ó rechazar un *Bill*, puede él hacer nulas muchas leyes que en cada legislatura son votadas en las últimas sesiones, simplemente con abstenerse. (Véase *Const.*, art. I, sección 2.<sup>a</sup>, y Masson, *The veto Power*, Boston, 1891, pág. 10.) Otras Constituciones americanas que han imitado á las de Norte América en el procedimiento de la legislación, como la de Méjico (art. 71, b) y la del Brasil (arts. 37, 38), ponen ciertos obstáculos para este veto absoluto del presidente.

(2) Véase Rehm, *Staatslehre*, pág. 289 y cap. XIV, III-1, de esta obra.

de órganos (1). La ingenua identificación entre actividad del órgano y función del Estado, tal como lo ha venido aceptando la doctrina del Estado desde Aristóteles hasta la actualidad, no puede dar solución á los más importantes problemas teóricos y prácticos de la doctrina de las funciones.

Las funciones materiales del Estado nacen de la relación entre la actividad del mismo y sus fines. Á causa de los fines jurídicos, tiene el Estado que dirigir su actividad á la implantación y protección del Derecho, actividad que se separa de las demás funciones que se proponen la afirmación de su poder y el favorecimiento de la cultura.

(1) Esta oposición fué reconocida y desarrollada por vez primera por Schmitthener, *Grundlinien des allg. oder idealen Staatsrechtes*, 1843, pág. 474 y sigs. Véase para lo que sigue Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pág. 213 y sigs. No puedo aquí analizar más detalladamente la crítica que Haenel, *Studien*, II, pág. 246 y sigs., ha hecho de la teoría de las funciones tal como la he expuesto. Esta crítica se debe, en no poca parte, á la oposición de nuestros métodos. Quien, como Haenel, cree que detrás de la naturaleza fluyente de las instituciones políticas—que es, á mi ver, lo único cognoscible—hay algo eterno que puede ser cogido con categorías absolutas, tiene derecho á introducir en el mundo de los fenómenos, de suerte que excluya toda refutación, aquellos conceptos en forma de principios rígidos; pero ellos sólo convencerán á quien pueda prestarles la misma fuerza de credulidad que su descubridor. Es interesante ver cómo en América, donde la división de poderes es el fundamento de la Constitución, se ha reconocido ya la oposición entre funciones materiales y formales. Goodnow, *Comparative Administrative Law*, New-York y London, 1902, I, pág. 25, explica con profundidad las funciones ejecutivas del legislativo, las legislativas del ejecutivo y las ejecutivas del judicial. Por tanto, la doctrina del Derecho Político americano no hace sino desarrollar ideas que fueron conocidas de los fundadores de la Unión y de su Estado. Véase el cap. XIV, c, III, 1.

Además, el estudio de la naturaleza de las actividades del Estado, exige el conocimiento de las formas posibles en que estas actividades se pueden manifestar. Estas formas son dos: ó bien establece el Estado reglas abstractas, que como tales no dominan de un modo inmediato la realidad, sino que necesitan de una actividad propia motivada por aquellas reglas, con la que poder realizar los hechos objetivos que á ella corresponden, ó bien obra de un modo inmediato y directo en los problemas que le competen, ya conforme á aquellas normas abstractas, ya dentro de los límites que esta norma le impone. Desde este punto de vista, aparecen dos funciones: la una, normativa; la otra, de realización de los problemas determinados y concretos, mediante actividades individualizadas y dirigidas hacia ese fin.

En virtud de la relación que tiene con sus fines la actividad del Estado, surge una división dentro de la actividad inmediata de éste referente á los problemas concretos. La protección del Derecho ejercitada mediante decisiones fundamentadas, que tienen por objeto aclarar ó fijar con un procedimiento preordenado un Derecho oscuro ó cuestionado, aparece, con relación á las demás actividades, como una función especial.

En vista de esto, tenemos, pues, tres funciones materiales del Estado: legislación, jurisdicción y administración.

La legislación establece una norma jurídica abstracta que regula una pluralidad de casos ó un hecho individual. La jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto ó cuestionable ó las situaciones é intereses jurídicos. La administración resuelve problemas concretos de acuerdo con las normas jurídicas, ó dentro de los límites de ésta, valiéndose de medios que ante una investigación honda aparecen como un sistema complejo (1).

(1) Véase, acerca de la naturaleza de la administración y del

Además de estas funciones normales, hay otras actividades extraordinarias del Estado que no pueden incluirse en ninguna de las tres categorías. Ocupa el primer lugar la guerra. Es verdad que se ha intentado considerar su dirección como una actividad administrativa (1); pero esto no es acertado, pues toda administración supone la autoridad incuestionable del Estado, la eficacia incuestionable de su *imperium* y el funcionamiento cierto de su orden jurídico, en tanto que la guerra, aunque limitada por el Derecho Internacional, queda fuera de todo orden jurídico. En la guerra, lo que está en cuestión es la existencia del Estado; en la administración, en cambio, se afirma su poder como un poder inquebrantable. Las propias reglas coercitivas del Derecho Internacional, extrañas á la guerra, están dirigidas de un modo inmediato contra el mismo Estado extranjero, como, por ejemplo, el bloqueo pacífico, y no pueden ser caracterizadas como actos de administración, porque la coacción administrativa sólo puede ejercerse con un subordinado. Tampoco es un acto de administración la lucha contra una insurrección que toma aspecto de guerra, porque en ella la existencia del Estado puede estar tan amenazada como en una guerra internacional (2).

Según la distinción de las funciones normales, divídense los

acto administrativo, la segunda parte. [Esta es la que el autor no llegó á publicar.—*N. del T.*]

(1) Véase F. v. Martens, *Völkerrrecht*, II, pág. 448 y siguientes y 477.

(2) Véanse las acertadas observaciones de O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrr.*, I, pág. 11. Pero aunque Mayer quiere excluir de la administración todos los actos del orden del Derecho Internacional, no se ve una necesidad científica para una tal separación. El mismo Mayer reconoce (II, pág. 459) que existe una administración que obedece á principios de Derecho Internacional.

actos particulares del Estado, según su contenido, en leyes, actos administrativos (1) y decisiones judiciales. De éstas, las leyes y las decisiones judiciales tienen el carácter de actos de imperio; la primera ordena una regla jurídica; la segunda subsume un caso concreto bajo la norma abstracta, y decide, es decir, fija de un modo autoritario el derecho, y dice cuál es la fuerza que le corresponde en virtud de la autoridad del Estado y las consecuencias jurídicas que se han de seguir de él.

La situación central en estas cuestiones corresponde á la administración. Ha habido grandes épocas en la historia en las que la legislación era completamente desconocida; ha sido preciso un amplio desarrollo en la cultura para que aparezca, junto al derecho consuetudinario, el derecho legislado. Aun hoy la legislación es una función intermitente. Otro tanto acontece con las decisiones judiciales. En la evolución social, pueden igualmente hallarse largos periodos de tiempo en los que en ninguna circunstancia ha necesitado el juez mostrar su actividad. Pero la administración, que contiene en sí ya al Gobierno,

(1) Este concepto no procede de ningún modo, como afirma O. Mayer, I, pág. 95, núm. 1, del Derecho Administrativo francés, sino que más bien se ha formado de una manera independiente en la ciencia alemana, pues la definición francesa del acto administrativo, como decisión de la autoridad, no es aceptada por nosotros. No hay duda alguna de que es necesario abarcar con un concepto común todas las actividades exteriores de la administración, y considerar al acto de autoridad como incluido en aquellas actividades. (Véase también G. Meyer, página 646, n. 2.) Por lo demás, la teoría francesa distingue (véase Berthelemy, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 2.ª ed., París, 1902, págs. 22, 55 y sigs.) dos géneros de actos administrativos: *actes de puissance publique* ó *actes d'autorité* y *actes de gestion*, y este último se refiere á la administración del patrimonio público, lo que prueba que, incluso en Francia, no se han contentado con aquel sentido estrecho del acto administrativo.

necesita siempre ser ejercida. Sin ella el Estado no podría existir ni un momento. Se puede concebir un Estado despótico sin leyes ni jueces; pero un Estado sin administración sería la anarquía. La administración, por tanto, es la función más comprensiva. Toda preparación de las leyes le compete á ella; la actividad del juez ella la apoya, y, por último, ella es la que asegura la ejecución de las decisiones judiciales. Aun históricamente, se muestra la administración como función fundamental, pues la legislación va unida en un principio á ella. Más tarde se la separa, y la actividad jurisdiccional, limitada en su comienzo á una acción insignificante, alcanza con el proceso de la evolución del Estado un campo de actividad cada vez más amplio. Por esto puede designarse como administración toda la actividad del Estado que queda, una vez separada la legislación y la actividad jurisdiccional (1). En esta misma posibilidad de su limitación negativa se muestra la significación que tiene para el Estado. Sólo la administración es susceptible de ser explicada por la mera oposición á las demás actividades y órdenes del Estado.

Con el desarrollo de la legislación ha cambiado la situación

(1) Véase O. Mayer, I, pág. 7, quien tiene presente, no las funciones materiales, sino las formales. Mayer separa de la administración las actividades auxiliares que quedan fuera del Derecho constitucional; por ejemplo: convocación y clausura del *Landtag*, nombramiento de los miembros de la Cámara de los señores, etc., porque, conforme á su concepción de la administración, ninguna de las actividades del Estado en condiciones de realizar sus fines pertenece á aquélla. Pero también el nombramiento de los funcionarios, que para Mayer corresponde á la administración, hace apto para sus fines al Estado. Estas actividades auxiliares pueden ser consideradas como subdivisiones especiales de la administración, pero no como coordinadas con ellas.

primitiva de la administración. La primera adquiere cada día un desarrollo mayor, y no sólo obra limitativamente, sino como dominadora de las demás funciones. Esto se muestra con claridad al considerar la realización del derecho como objeto de la actividad judicial. También queda sometida una gran parte de la administración á la actividad legislativa, á tal punto, que dentro de la vida normal en un Estado ampliamente desenvuelto, la administración vive en una relación de dependencia respecto de la legislación. El Estado normal fué definido, tanto antiguamente cuanto en los tiempos modernos, como aquel en el que domina la ley, esto es, como aquel en el cual la administración y la actividad jurisdiccional tienen por fundamento reglas de Derecho. Las modernas teorías del Estado de Derecho formuladas por Mohl, Stahl y Gneist, no han añadido ninguna nueva nota á las doctrinas de Platón y Aristóteles sobre el Estado legal.

Las funciones materiales están, pues, distribuidas entre los distintos géneros de órganos relativamente independientes unos de otros, y la dirección de una gran parte de las cuestiones que corresponden á una función determinada, caen dentro de la actividad del órgano competente, de suerte que todos los órganos hallan en el supremo el punto de partida y el punto de unión. La separación de las funciones corresponde á la separación de los órganos, y ya hemos dicho que esta separación no es ni puede ser absoluta. De aquí se sigue la oposición entre las funciones formales, que son ejercidas por los órganos legislativo, administrativo y judicial. Según su aspecto formal, divídense las manifestaciones de las actividades del Estado en actos formales de legislación, de administración y de justicia.

Hallamos una unión de todas estas funciones materiales, especialmente, en los órganos de la administración, la cual, en su sentido formal, tiene un poder reglamentario y de decisión. En

vista del primero, participa de la legislación material, y por el segundo, de las decisiones judiciales. Los órganos legislativos no sólo cumplen aquellas funciones administrativas que están unidas á la legislación en el sentido material, sino que también toman parte en ciertos actos administrativos cuya ordenación ó autorización sólo puede hacerse en forma de ley, así como en ciertos actos judiciales (tales como validez de las elecciones ó resolución sobre peticiones). Los Tribunales ordinarios ejercen en una gran medida, á fin de asegurar el derecho, funciones administrativas (por ejemplo: tutela, libros de catastro, custodia de los registros de comercio, de asociaciones, corporaciones, de autorizaciones, testamentos, etc.). Que el acto judicial y la sentencia de ningún modo son idénticos, resulta de una claridad inmediata atendiendo á la propia distinción terminológica.

Si, pues, no coincide la oposición material (objetiva) de la legislación, administración y jurisdicción, con la actividad formal (subjctiva) de los órganos legislativo, administrativo y judicial, sobre la base del conocimiento de la distinción de las funciones materiales, se sigue de aquí su progresiva distribución en los órganos correspondientes cada vez con una exigencia mayor. Desde este punto de vista es desde el que se ha deducido, en vista de un conocimiento más profundo de la naturaleza de la legislación material, la superioridad de la legislación sobre el poder reglamentario y la insuficiencia del acto del Gobierno para dispensar del cumplimiento de la ley sin una autorización de ésta. La separación entre administración y jurisdicción se acentúa más y más. La jurisdicción administrativa progresa de día en día, y aun allí donde existe un procedimiento según el cual están unidas las autoridades judiciales y administrativas en las instancias primera y media, existen indicios para organizar la separación de las distintas funciones de estas autoridades. En Inglaterra corresponde la decisión sobre la validez de las actas en las elecciones de la Cámara baja á un

tribunal judicial, y en otros Estados se ha exigido igualmente el traslado de aquellas decisiones de las Cámaras á los Tribunales (1). Por consiguiente, la significación de la división entre funciones materiales y formales ha llegado á tener un gran valor práctico, porque, en primer lugar, el conocimiento del contenido de las funciones materiales es el camino para señalar lo que corresponde á las funciones formales, esto es, á la acción de un órgano de una clase determinada. Para saber hasta donde se extiende la competencia del legislador, se necesita fijar primero qué es una ley atendiendo á su contenido. El Estado es el que señala su competencia al legislador, al que administra, al juez, y una de las ideas rectoras del Estado al atribuir la competencia, es que lo que está separado objetivamente, debe estarlo subjetivamente. Por esto no pueden identificarse jamás subjetivamente las funciones materiales y formales, porque si teóricamente puede establecerse con claridad la línea divisoria, no es esto posible en la vida. No son consideraciones de belleza arquitectónica las que determinan el orden real del Estado, sino consideraciones acerca de sus fines, las cuales traen consigo muchas veces desviaciones incluso de reglas expresamente reconocidas (2).

La teoría constitucional franco-americana ha visto en la separación de las funciones formales la garantía más firme del ejercicio legal del poder del Estado, y, por tanto, la seguridad de la libertad política de los ciudadanos. Los poderes inde-

(1) Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Oesterreich*, 1885, pág. 10 y sigs. Véase Seydel, *Abhandlungen*, pág. 198 y siguientes; Walz, *Ueber die Prüfung der parlam. Wahlen zunächst nach badischem Recht*, impreso separadamente, 1902, pág. 115 y siguientes.

(2) Véanse observaciones más detalladas en *Gesetz und Verordnung*, pág. 223 y sigs.

pendientes forman entre sí, al propio tiempo, una red que enlaza unos con otros, influyéndose mutuamente como reguladores. La formación normal de las funciones formales debe, por tanto, llevar en sí un sistema de *cheks and balances*, que se propone impedir á los poderes particulares rebasar su esfera legal. Esta fórmula abstracta, al igual de otras muchas, sólo tiene valor dentro de ciertos límites. Vale, sobre todo, cuando se trata de separar la justicia y la administración; pero si se otorga, como sucede, por ejemplo, en América, un derecho ilimitado al juez, para comprobar si la ley concuerda materialmente con la Constitución, lo que allí no es sino una consecuencia del principio de la «división de poderes», entonces la experiencia enseña que la actividad legislativa, en muchos puntos importantes, puede reducirse á la inacción (1). En los conflictos hondos entre la administración y el poder legislativo, podría el Estado, en muchas ocasiones, encontrarse detenido en su actividad; y estos casos no pueden ser resueltos mediante la construcción de un poder legal para los conflictos de Estado, sino por la elevación de uno de los órganos en lucha con el Estado, de suerte que asuma el carácter de unificador, y al atribuirse la plenitud del poder, decida la lucha. Ante la realidad política que se muestra en tales conflictos, quedan en suspenso todas las teorías relativas á la igualdad de los poderes.

Esta doctrina del equilibrio no ha advenido aún al derecho

(1) Muchas leyes de política social han sido consideradas en los Estados miembros de la Unión americana por los jueces contrarias al *Bill of Rights*, y, por consiguiente, han sido rechazadas como inconstitucionales. Véase Jellinek, *Das Recht der Minoritäten*, pág. 26, N. 44; Freund, *Police Power*, §§ 310 y sigs., 735. El Tribunal Supremo de la Unión ha declarado hace poco que toda limitación legal de la jornada de trabajo es nula.

en los Estados europeos actuales, ni aun con la limitación que implica el reconocimiento de las funciones formales. Es verdad que por obra de la teoría constitucional han penetrado en la organización del Estado algunos de estos obstáculos y balances; por ejemplo, derecho á la disolución de las Cámaras efectivas por el jefe del Estado, etc. Las relaciones opuestas de los órganos inmediatos, se forman, en general, mediante el conjunto de las relaciones políticas y sociales, las cuales repugnan toda reducción á fórmula.

2. La observación de la actividad del Estado ha sido causa de que se lleven á cabo en las nuevas doctrinas del Estado otras distinciones materiales importantes, que no habían sido advertidas en el transcurso de las teorías constitucionales, habiendo dado lugar, por ello, á una concepción completamente falsa de la vida real del Estado.

En todo Estado se puede hallar una oposición en el ejercicio de todas sus funciones, á saber: la oposición entre la actividad libre y la actividad reglada. La primera se determina por el interés común, pero no mediante una regla especial jurídica. La segunda se propone la satisfacción de un deber de derecho. La actividad libre es por su importancia la primera, primera también lógicamente, y constituye el fundamento de todas las demás actividades. Por ella afirma el Estado su propia existencia, pues la fundación de éste no significa jamás la ejecución de principios de Derecho. Por ella obtiene el Estado dirección y objetivo en su movimiento histórico; toda transformación y progreso en su vida, parte de ella; un Estado cuya actividad fuera totalmente reglada, es una concepción irrealizable.

Esta actividad libre se encuentra en todas las funciones materiales del Estado que han aparecido separadamente en la historia. Ninguna es posible sin ella; su más amplio campo de acción aparece en la actividad legislativa, la cual, conforme á su naturaleza, debe gozar de la más amplia libertad. No menor

es su importancia en la administración, donde este elemento recibe el nombre de Gobierno (*Regierung*). Un Estado con un Gobierno que obrara sólo según leyes, no sería posible políticamente. Sobre la dirección de la actividad que da al Estado el Gobierno, jamás puede decidir una regla de derecho.

Esto se muestra singularmente en la política exterior, la cual goza casi de la misma libertad que la actividad legislativa, pues tanto las normas del Derecho Internacional cuanto las del Político, le dejan, y no pueden menos de hacerlo, la más amplia libertad; pero incluso en el interior, la dirección de la actividad del Gobierno necesariamente está sustraída á reglas políticas. Si hay algo que por su naturaleza no sea susceptible de normas, es la iniciativa que en su parte más importante corresponde á todo Gobierno. Además, hay un gran círculo de actividades de gobierno, de amplitud distinta en cada Estado particular, relativo á las relaciones del Gobierno con el Parlamento, como lo son, por ejemplo, el nombramiento de los ministros y de los funcionarios, el mando supremo y el de la fuerza armada, el derecho de indulto y el de conceder los honores políticos. La teoría inglesa había recurrido, para esto, á la categoría de la prerrogativa, la cual había hecho nacer del Derecho Positivo inglés, lo que Locke, con su sentido lógico más exacto de la naturaleza del poder ejecutivo, había hecho que figurase junto á éste como un poder independiente. Bajo el influjo de la teoría francesa de la división de los poderes, se consideró todo este orden de los poderes independientes como correspondiente al poder ejecutivo, pues esta doctrina apenas si paraba mientes en las diferencias internas de las funciones del Estado. La doctrina de Rousseau había sustraído de la actividad del poder ejecutivo toda actividad propia, y expresamente lo dejaba limitado á la ejecución de lo que la ley determinaba. No obstante esta teoría, la práctica francesa se vió impelida á distinguir entre *gouvernement* y *administration*, y es de advertir que casi todas las Constitucio-

nes francesas, á partir del Consulado, consideran el poder *executif* como una función particular del Gobierno (1). Los *actes du gouvernement* se distinguen, incluso formalmente, de los *actes administratifs*, pues para aquellos no hay responsabilidad jurídica (2). La relación entre esta actividad libre y la concepción del poder ejecutivo, provenía en los franceses de la idea de que aquella descansa completamente en un poder general, según la Constitución (3); lo cual va íntimamente unido al círculo de pensamientos de que hubo de nacer el concepto de *pouvoir constituant*.

Mas, aun dentro del círculo de actividad administrativa cuyo contenido está determinado por la ley, existe un elemento de actividad libre junto á la actividad jurídicamente reglada. Las

(1) La Constitución consular sólo habla del gobierno de los cónsules, y atribuye á los ministros la ejecución de las leyes y de los reglamentos (art. 54). La carta, en el capítulo sobre las *formes du gouvernement du roi* (art. 13), reserva al rey el poder ejecutivo. La Constitución del segundo imperio habla en primer lugar sólo del *gouvernement*, y después (arts. 31, 57) del *pouvoir executif*. La ley constitucional de 25 de Febrero de 1875 sobre la organización de los poderes públicos, no define la situación del presidente, pero los conceptos que maneja son los de *gouvernement* y *pouvoir executif* (arts. 6 y 7). Sólo la Constitución de la segunda república atribuye exclusivamente al presidente, de un modo expreso (art. 43), el poder ejecutivo. Pero habla también (art. 68) de los *actes du gouvernement*.

(2) Véase sobre estos actos Hauriou, ob. cit., pág. 274 y siguientes. Véase también la literatura citada por este autor en la nota dos de la página 274. Son actos contra los que no cabe el *recours pour excès de pouvoir*. Modernamente, ha sido muy combatido el concepto de *actes du gouvernement*. Berthelemy, ob. cit., pág. 101 y sig. Este autor, como Michoud, lo rechaza por completo.

(3) Véase O. Mayer, *Theorie des franz. Verwaltungsrechts*, pág. 8.

acciones, en el primer caso, no tienen otra norma que el deber que corresponde á los órganos del Estado, pero no puede ser constreñida por ninguna clase de principios jurídicos especiales. La administración jamás es mera ejecución ó aplicación mecánica de reglas generales á casos particulares, precisamente porque no es exclusivamente actividad autoritaria, sino que lleva en sí actividad social. La administración posee, por tanto, un campo de libre iniciativa, que puede ser limitado por reglas jurídicas, pero cuyo contenido no es determinable por estas reglas.

La administración, en sentido material, contiene, pues, en sí dos elementos: el de *gobierno* y el de *ejecución*. Aquél contiene la iniciativa y la reglamentación; éste la aplicación de lo ordenado. El acto administrativo divídese, pues, en acto de gobierno y acto de ejecución; pero ambos pueden encontrarse unidos. Uno y otro se hallan unidos en el círculo de las actividades extraordinarias del Estado.

El gobierno, en el sentido de que se trata aquí ahora, tiene un carácter material, objetivo, y puede, por tanto, ser ejercido por los órganos de la legislación. Incluso el poder supremo de gobierno, el que da la dirección, puede ser atribuido á estos órganos cuando á ellos corresponde el poder supremo. En las monarquías compete al monarca el gobierno supremo, y la dirección suma del gobierno es siempre el signo distintivo del órgano más alto del Estado.

Mediante la localización en un órgano determinado, adquiere el concepto de gobierno una significación subjetiva. Los órganos del Estado que cuidan especialmente de los asuntos de gobierno, son llamados gobierno en sentido formal ó subjetivo. En este sentido subjetivo, ejercen los gobiernos, los monarcas y los jefes de Estado republicano, así como las autoridades subordinadas á ellos. El reconocimiento de la significación del gobierno como el rector de la actividad del Estado, se expresa—casi diría que de un modo instintivo—en que, en todo Esta-

do, se designa como jefe á su órgano supremo, incluso en las repúblicas democráticas, á pesar de que ellas jamás concedan al *chef de l'exécutif* la situación preeminente entre los órganos del Estado. En Francia se le llama al presidente oficialmente *chef de l'État*, pero ya en el propio nombre de «presidente» va implícita la idea de una situación preeminente. La propia Suiza, con su Consejo federal colegial, no ha negado al presidente de este Consejo el título de «Presidente de la Confederación», aun cuando jurídicamente su situación sea inferior á la de presidente de una república.

Á primera vista parece que la actividad libre no podría atribuirse al juez, cuyo problema esencial consiste en concretar el Derecho mediante la decisión de un caso particular. Pero esta concepción equivaldría á desconocer la naturaleza de la actividad espiritual. Si la decisión judicial fuera la aplicación mecánica del Derecho, se podría predecir con toda certeza cuál habría de ser la solución de toda contienda jurídica, y no se podría concebir una contradicción en las decisiones judiciales. Mas existe en la decisión judicial un elemento creador que no se puede determinar por reglas, pues un principio de Derecho sólo puede ser plenamente desenvuelto mediante las decisiones judiciales, y sólo mediante ellas puede ser conocido todo el alcance de su significación. Si, pues, el juez mismo contribuye á la evolución del Derecho, es indispensable al juez moderno un círculo de actividad libre, determinado por la ley, análogo, desde el punto de vista del contenido, al que hemos observado en la administración, quedando, por tanto, obligado á obrar conforme á las reglas del deber. En cambio falta á la actividad judicial el momento de la iniciativa, que es tan propio del gobierno. El juez sólo puede declarar el derecho en vista de una solicitud exterior á él.

La naturaleza de la actividad libre encuentra también su expresión jurídica en que los principios más importantes sobre la

competencia del Estado sólo pueden ser definidos en forma de facultades del poder y no de deberes. El más amplio margen de libre actividad es el que se otorga á los órganos inmediatos, en los cuales descansa toda la iniciativa del Estado. Las Constituciones hablan de derechos de las Cámaras, del presidente de la república, del pueblo. En todos estos derechos se ocultan deberes que nadie podría hacer valer, á no ser el mismo obligado por el sentimiento de su responsabilidad (1). Este es uno de los puntos en que se tocan de un modo manifiesto la moralidad y el Derecho y en que se pone de relieve cómo éste aparecería enteramente moviéndose en el aire, si no pudiese apoyarse en el fundamento firme de las convicciones éticas de los titulares del poder.

El complemento de la actividad libre es la actividad reglada; su significación no es importante cuando se trata de fijar el Derecho mismo, si bien no puede afirmarse, como á menudo se hace, que incluso en este momento sea su alcance nulo. Las normas del Derecho Internacional limitan á los Estados, y los principios constitucionales logran otro tanto con respecto á la legislación común. Que estas limitaciones puedan ser rebasadas sin que el acto legislativo quede invalidado jurídicamente por ello, no quiere decir nada, pues también dentro de la actividad administrativa reglada y de la judicaria pueden alcanzar fuerza jurídica acuerdos y decisiones contrarios á las normas. Pero en estos casos siempre es posible juzgar jurídicamente el acto como contrario á la norma, cosa que no ocurre cuando se trata de un acto libre. Es posible la determinación del contenido de un principio jurídico, siempre que una fuente de derecho supe-

(1) Incluso un jefe de Estado republicano sólo puede ser jurídicamente responsable, á causa de la violación de deberes expresamente establecidos, pero no por el uso que haga de los derechos que la Constitución le concede.

rior obliga á otra subordinada á crear ciertas normas, lo cual puede acontecer cuando se trata de la relación del Estado federal con un Estado miembro, ó de la ley con respecto al reglamento.

Con más amplitud que en la creación del Derecho, muéstrase la actividad reglada en la administración, donde adquiere el carácter de ejecución. Cuanto más se amplía el círculo de la legislación, tanto más se restringe el de la administración libre (*administration pure ou discretionnaire* de los franceses), si bien es completamente imposible someterla á la legislación, porque es necesario un cierto campo de actividad libre, á causa de la relación del gobierno con la actividad administrativa. Una administración que sólo procediese en vista de la ley, no podría hallarse sino en un Estado sin gobierno, lo cual es una creación de una metafísica política á la que no corresponde la realidad.

La actividad reglada muéstrase especialmente en la jurisdicción, cuya forma específica, el juicio, necesita ser representada como la aplicación de la regla jurídica á un caso particular, de suerte que ningún acto judicial que decida un litigio puede tomar, sea la que fuese la actividad libre del juez, el carácter de una medida puramente arbitraria. Por grande que sea la libertad que muestre el juez en sus procedimientos, siempre hay un momento jurídicamente reglado que se encuentra contenido en relación con el fin último del proceso.

La ejecución de la voluntad del Estado sólo es, en parte, problema de los órganos de éste y de las autoridades, pues, en primer lugar, la voluntad del Estado es ejecutada por sus súbditos. En la mayor parte de los casos los órdenes del Estado se transforman en actos, gracias á la obediencia de los individuos y de las asociaciones, que no son titulares de los órganos del Estado, y esta ejecución no es función del Estado, sino que es un hecho individual ó corporativo. Es equivocarse en sus fundamentos la teoría de las funciones del Estado, considerar que el

cumplimiento de la mayor parte de los deberes del ciudadano son actos del Estado mismo (1).

3. Una oposición más importante es la que existe entre la actividad de la autoridad y la actividad social, la cual, aunque aparentemente es análoga á la que existe entre la actividad libre y la reglada, en realidad es muy distinta, pues la actividad de la autoridad puede ser libre y la social jurídicamente reglada.

De las anteriores investigaciones se deduce que la esencia y justificación del Estado radica en la tenencia y posesión del *imperium*, pero que no está exclusivamente limitada á esto. Por el sometimiento de la comunidad al *imperium* se establece un lazo ente sus súbditos. La exigencia de fines corporativos mediante medios sociales ha llegado á ser, cada vez de un modo más acentuado, el problema del Estado.

Mas lo que teóricamente aparece distinto, está indisolublemente unido en la unidad de la vida del Estado. Las funciones de autoridad producen de un modo necesario efectos sociales, aun sin proponérselo. Cada nuevo principio de Derecho produce una modificación en el Estado social mayor ó menor, y el legislador piensa en esta modificación, en la medida en que esto es susceptible de prever, y trata, mediante su actividad, de producir efectos sociales. Con principios de Derecho y con la coacción jurídica, se intenta excitar el poder y el sentimiento de la independencia de un pueblo, su vida económica y espiritual; esto es, mediante un poder de autoridad se desea producir resultados sociales, y, de otra parte, necesita de la actividad social, la cual se muestra en la administración del poder de la autoridad, sin la que no podría lograr sus fines en muchas ocasiones.

Esta separación entre la actividad *autoritaria* y la *social* del Estado tiene una significación, tal vez no sólo jurídica, pues,

(1) Véanse las observaciones acertadísimas de Bernatzik, *Kritischen Studien*, pág. 278.

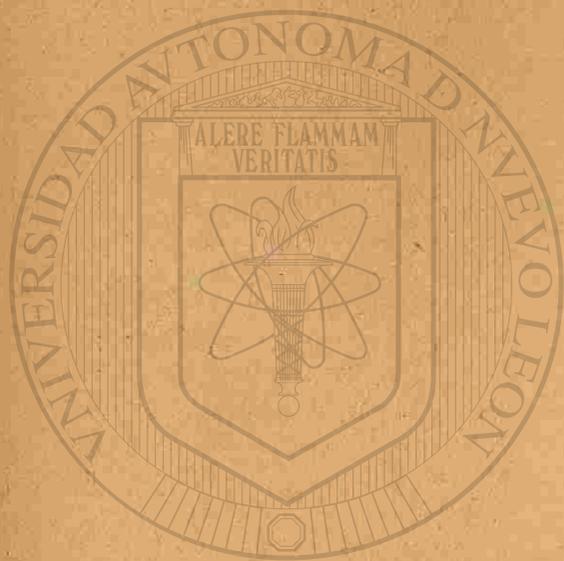
según el predominio en cada círculo de la actividad del Estado de uno ú otro elemento, así tendrá un determinado carácter. Mientras más predomine el carácter social, menos independiente vivirá el poder del Estado de sus súbditos y tanto más actuará en servicio del individuo. Esto se revela especialmente en la formación de las asociaciones jurídicas que crea el Estado, partiendo de tales supuestos. En los establecimientos públicos que ofrece al disfrute general, desciende el Estado de su altura y se acerca al individuo. Siempre puede, aun en tal situación, rodearse de privilegios y sustraerse al derecho privado, pero en tanto que no lo hace así expresamente, ó no resulta con claridad de la naturaleza de las instituciones, es uno entre varios.

La significación esencial del conocimiento de estas distinciones que hemos hecho, se pone de manifiesto de dos modos: el aspecto jurídico nos muestra al Estado, no sólo como un poder superior á los demás, sino también como una asociación que administra con los medios que están á la disposición de todas las personas. Administrar no es un privilegio exclusivo del Estado. El concepto «administración del Estado» es mucho más restringido que el de administración en general. Administrar indica precisamente satisfacer los intereses espirituales y económicos en bien de todos, ó al menos de un modo no exclusivamente egoísta. Por esto puede también el individuo administrar su propiedad, si al hacerlo tiene en cuenta los intereses sociales. El agricultor, el fabricante que despliega su actividad individual de un modo conveniente á todos, hacen una obra de administración no menor que la de cualquiera otra asociación, y aun la del Estado mismo.

Esta actividad del Estado para el bien común es análoga á la actividad privada, y está ejercida individual ó colectivamente. Promover la cultura, explotar los caminos de hierro, fundar escuelas, propagar la enseñanza, cuidar de los indigentes, construir vías urbanas, son en sí actividades privadas que

sólo socialmente poseen un carácter público, pero no de un modo jurídico. El Estado puede ejercer actividades análogas por sí ó por otro, en virtud de su poder, poder que le hace posible transformar el Derecho Privado en Derecho Público, y por tanto, elevar aquellas actividades á este rango, en un sentido jurídico. Además el Estado posee, para llevar á cabo su administración social, el *imperium*. Este es el punto más importante, por el cual la administración ejercida por el Estado, ó por corporaciones dotadas por él de *imperium*, se distingue en principios de toda administración privada. Precisamente porque el ejercicio del *imperium* es un medio para la administración del Estado, es por lo que el Estado ha advenido el más poderoso factor social, el más fuerte guardián y promovedor de los intereses comunes. Merced al *imperium* pueden el Estado y las asociaciones á quienes él conceda tal poder, adquirir las fuerzas personales y los medios reales para la administración, y aun limitar, en interés de ésta, la libertad individual. Alcanza, por consiguiente, el Estado sus fines administrativos con más facilidad y seguridad que los individuos y las asociaciones libres, siempre que el resultado de tales actividades no dependa completamente de un modo predominante de cualidades individuales que no pueden menos de desplegarse libremente, y no es dable, por tanto, que sean puestas al servicio de la comunidad por obra de la coacción.

Las actividades sociales del Estado, designadas á menudo con el nombre, no muy acertado, de *gestión (Pflege)*, no se limitan á la administración en un sentido material. Aquella actividad divide la legislación material en órdenes para el ejercicio del *imperium* y para las acciones sociales del Estado. Las primeras dan á la administración poder sobre los individuos, y las últimas limitan el poder de la administración en favor del individuo. En la declaración del Derecho se muestra exclusivamente la función de autoridad.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES

## CAPÍTULO DIEZ Y NUEVE

### La estructura del Estado.

#### I. La significación del problema.

Las concepciones típicas del Estado, desde que hay una ciencia del mismo, han sido formadas en vista del Estado unitario. La *polis*, de la cual procede la doctrina científica del Estado, á causa de la evolución constante del pensamiento antiguo, ha sido considerada, incluso en nuestro tiempo, como el paradigma del Estado, y nos lo representa como un poder cerrado interiormente, que no admite poder político alguno que le sea extraño; en una palabra, como una unidad. En este Estado tipo, toda vida política parte del centro y vuelve á él. Los miembros del Estado son, por tanto, los individuos aislados ó formando asociaciones de familia, cuya vida política coincide con la del Estado. La unidad de éste está membrada, sólo en cuanto necesita para sus distintas funciones un sistema de órganos dotado cada cual de su propia competencia. Todas las autoridades del Estado se consideran autoridades centrales, y la idea, por tanto, de una organización local, administrativa ó judicial, ó fué completamente extraña á la teoría del tipo ideal del Estado, ó sólo muy débilmente está apuntada en ella.

Este tipo no corresponde á las relaciones de la antigua *polis* (1). En Roma, al menos, una rica existencia de cuerpos terri-

(1) Véase sobre los *Demes* y *Philes* en Atenas, Busolt, obra citada, pág. 211 y sig.

toriales y municipales, daban al Estado real una distinta fisonomía de la que ofrecía en las abstracciones de la ciencia del Estado, pero á causa de su poca originalidad, los romanos no llegaron á corregir ni aun teóricamente, de conformidad con los fenómenos políticos reales de su imperio mundial, la imagen ideal griega del Estado unitario centralista.

Las consecuencias de estas faltas de la doctrina antigua se reflejan en la literatura de la Edad Media, pues las relaciones, completamente distintas de las de las antiguas comunidades, que hubieron de crear las peculiaridades de los Estados de la Edad Media, no pudieron ser comprendidas y no lograron un conocimiento y reconocimiento científico. El imperio que abrazaba la cristiandad, tuvo, como la antigua Roma, sus provincias y municipios. Pero esta organización no está derivada de la naturaleza misma del Estado. Tan pronto como el antiguo concepto de éste alcanzó de nuevo el predominio, el Estado teórico quedó francamente opuesto á la realidad histórica y advino una unidad cerrada en sí, no obstante poder ser comprobada tan á menudo su descentralización efectiva, pero sin que los hechos ni los problemas que éstos llevaban consigo lograsen penetrar en la ciencia. La teoría del Derecho Natural está igualmente dominada por la idea del Estado centralista, con tanta más razón cuanto que se desenvuelve al mismo tiempo que se construía en el continente el absolutismo centralista. La literatura política sobre la vida real del Estado no pudo sustraerse á las corrientes anticentralistas, ni llegar á alcanzar un reconocimiento general (1).

En la lucha consciente contra el absolutismo, fué por vez primera reconocida, exigida y defendida la variedad en la

(1) Véase sobre el movimiento literario desde la Edad Media, Gierke, *Althusius*, pág. 226 y sigs.

estructura del Estado en interés de la comunidad y del individuo. Pero á partir de la revolución francesa, es cuando se ha comprendido la importancia grande que tiene este problema, tanto doctrinal cuanto prácticamente. La teoría de la estructura del Estado, es hoy tratada en la Historia del Derecho, en el Derecho Político é Internacional y en la literatura política; de suerte que forma una parte esencial de la teoría del Estado moderno.

De las necesidades y luchas de la vida política han nacido nuevos puntos de vista fructíferos para el desenvolvimiento y valoración de las relaciones estatistas. Entre éstos han sido y son permanentes aquellos que han hecho conocer la importancia de la oposición entre la centralización y la descentralización de las funciones del Estado. El tipo de Estado para las escuelas ha sido el centralista, en el cual toda la actividad pública, ó sea la que se sirve del *imperium*, parte del centro del Estado y á él vuelve; es decir, donde todo lo que cae dentro del círculo del Derecho Público corresponde á órganos cuya competencia, desde el punto de vista geográfico, se extiende á todo el territorio del Estado. Á éste opone la nueva teoría el Estado descentralizado, en el cual los asuntos políticos son ejecutados en mayor ó menor escala por órganos ó asociaciones políticas con competencia limitada á una localidad.

Ante el conocimiento histórico aparecía aquel tipo escolástico de Estado centralizado como un tipo ideal, que apenas si pudo ser realizado en el Estado ciudad de los helenos, y mucho menos aún en los Estados territoriales de tiempos posteriores. El mismo Estado ciudad estaba y está dividido, para los fines de las funciones especiales del Estado, en distritos, barrios ú otras divisiones semejantes. El absolutismo del príncipe no logró jamás apagar por completo la vida política independiente de los municipios, de los señoríos ó de las asambleas de las clases. La Francia de los siglos xvii y xviii no logró aniquilar toda la vida

de las clases sociales, y hubo de tolerar la existencia, junto á su *pays d'election*, de toda una serie de *pays d'Etat*, con sus estados ó brazos provinciales. Además, los grandes Estados no pueden ser gobernados exclusivamente por autoridades centrales. Las autoridades administrativas y judiciales locales necesitan gozar de un poder de decisión mayor ó menor, que en muchas circunstancias tiene un carácter definitivo. Por consiguiente, el Estado descentralizado es el caso normal de los Estados reales. Política y jurídicamente, sólo se puede hablar de la mayor ó menor extensión de la descentralización (1).

Esta medida la determinan las distintas circunstancias históricas y políticas. Las profundas diferencias nacionales en la población; las diferencias de cultura entre las distintas partes del territorio del Estado; la separación territorial de una parte con respecto al cuerpo principal, constituyen los obstáculos sociales y naturales para una centralización. Cuando se trata de una población unificada y de un territorio sin discontinuidad, se oponen á las tendencias centralistas del Estado consideraciones de carácter político: imposibilidad de abarcar desde el centro de una ojeada las relaciones positivas de la vida; incapacidad de una burocracia separada socialmente del pueblo y extraña á él, para administrarlo según sus necesidades; el deseo de despertar la iniciativa de los ciudadanos en la cosa pública, y, por consiguiente, de aumentar su interés por el Estado; excitar el sentimiento de responsabilidad política de los gobernados, para que pidan participación en los asuntos de gobierno y administración; el dar cabida mediante la legislación y administración á que se preocupen por los intereses locales; garantizar

(1) Véase acerca de la descentralización en la literatura moderna, Carlos F. Ferraris, *Teoría del dicentrismo político*, 2.<sup>a</sup> ed. Milano-Palermo, 1899; Hauriou, ob. cit., pág. 367 y sigs.

contra las arbitrariedades de una autoridad central y evitar que se ahogue á los administrados con los gastos de la administración local, son las razones principales, pero de ningún modo las únicas, con que pueden justificarse los distintos modos de llevar á cabo la descentralización.

En relación con la estructura actual del Estado, y en tanto que está llamado á curar los daños del absolutismo, existe para él la exigencia de establecer una forma de descentralización: la de la autonomía administrativa. Esta exigencia política ha tenido grandes consecuencias jurídicas. Para comprender este problema en sus fundamentos, es preciso hacer luz sobre el concepto político de autonomía administrativa y la posibilidad de transformarlo en un concepto jurídico (1).

Los efectos de la oposición medioeval entre *rex* y *regnum* se advierten aún hoy con claridad en la terminología política de los ingleses, lo cual no ha de sorprender dada la continuidad que existe en la vida inglesa, continuidad que ni las revoluciones han roto. La forma de gobierno del Estado inglés es la del *self-government*, cuya cumbre constituye el Parlamento. La forma antagónica del *self-government* es el *government by prerogative*, ó sea el gobierno de la voluntad real desprovista de poder alguno que le obligue. En el concepto del *self-government* palpita aún la oposición antigua entre el rey y el pueblo como no habiendo podido alcanzar la unidad interna. Este

(1) Véase acerca de la historia de las exigencias políticas que van implícitas en el concepto de la autonomía administrativa, Rosin, *Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung*, tirada aparte, de los *Anales de Hirth*, 1883, pág. 41 y sigs.; Loening, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 1884, pág. 34 y sigs.; Hatschek, *Die Selbstverwaltung*, págs. 3-69; G. Meyer, *Staatsrecht*, pág. 345 y sigs., así como la bibliografía alemana indicada por éste, acerca del mismo problema, en las notas.

gobierno de sí mismo comienza en la administración de los asuntos locales, los cuales están atendidos por hombres que exclusivamente se encuentran sometidos á la obediencia de la ley, no á la de otros, ni al servicio de un gobierno central real en lo que se refiere á los intereses de la administración, la cual, según la concepción inglesa, abarca también la función jurisdiccional. La institución de los jueces de paz y otros funcionarios honoríficos, además de la del jurado, cae dentro de este sistema político de la autonomía local, cuyo aspecto jurídico habrá de ser examinado más tarde.

En el continente se ha desenvuelto de otro modo el concepto de la autonomía administrativa. Este existe con su terminología en la literatura alemana, mas aun aquí se muestra con obscuridad (1). Aunque antes de los trabajos de Gneist sobre Inglaterra fuera desconocida en el continente la vida inglesa tal como se había ido formando hasta que tuvieron lugar las grandes reformas del siglo XIX, teníase, no obstante, la idea de que la mera participación del pueblo en la legislación constitucional, ni bastaba para asegurar la legalidad de la administración, ni para que el pueblo tuviese igualmente un lugar en la participación de la vida pública. Correspondiendo á lo que se

(1) La palabra *selbstverwaltung* de los municipios procede probablemente de una contracción de *selbständiger Verwaltung*, la cual es preciso interpretar, ante todo, como la administración de los bienes, libre de toda tutela del Estado. Así concibe al menos Zöpfl, II, pág. 481 y sigs., la *selbstverwaltung*, y este autor es, hasta donde yo conozco, el primer escritor de Derecho Político que ha usado esta expresión. La Constitución de Francofort de 28 de Mayo de 1849 habla, por el contrario, de los municipios como teniendo el derecho fundamental á la administración libre de la comunidad, incluyendo en ello la policía de la población (§ 184). De este modo aparece en su amplitud el concepto de la *selbstverwaltung*.

observaba en la vida de Inglaterra, distinta en este respecto de la del continente, pedíase el renacimiento de la libertad comunal y la creación ó reconocimiento de corporaciones públicas titulares de facultades administrativas. Todo esto se consideraba fundamento de la independencia y garantía política de los ciudadanos, y se exigía además para exagerar la bondad y legalidad de la administración local. Como los municipios forman en todas partes el órgano último de la organización administrativa, aparecen como el fundamento natural del Estado, como el *príus* temporal y lógico del mismo. De aquí que el movimiento dirigido á la ampliación de los derechos del municipio fuera un complemento consecuente de la generalización de la monarquía constitucional. En Francia principió este movimiento antes de la Revolución, y en sus comienzos pareció victorioso, aunque pronto hubo de dejar su lugar á la centralización. En Alemania, Bélgica, los Países Bajos y otros Estados, alcanza, por el contrario, el impulso hacia la libertad y el poder municipal una gran importancia, la cual se conserva por haber obtenido los municipios el reconocimiento de una amplia esfera de derechos.

La doctrina de la autonomía administrativa toma otro giro en la segunda mitad del siglo XIX. Las investigaciones fundamentales sobre la evolución histórica del Estado inglés, unido á la convicción que hubo de tenerse en Alemania, gracias á los trabajos de Gneist especialmente, de que existía una relación íntima entre el *self-government* y la constitución del Parlamento, mostró que ni jurídica ni políticamente se puede comprender bien á éste sin tener un conocimiento exacto de la naturaleza y del modo de actuar las instituciones locales. Este conocimiento incitó inmediatamente á la imitación, y fueron creadas autoridades que obedecían á principios muy análogos á aquellos en que se basaban las funciones de las autoridades administrativas inglesas; pero se desviaban del modelo inglés

por lo común en un punto importante: en que su dirección estaba casi siempre confiada á un funcionario profesional del Estado, y en que á estos funcionarios se les investía de muchas más atribuciones que en Inglaterra. La reforma administrativa que se inicia con la reorganización de la administración de Baden en el año 1863, y especialmente con la profunda transformación de la organización prusiana de 1872 estableciendo los círculos (*Kreis*), ha nacido en no poca parte del influjo que en la doctrina alemana ha tenido la autonomía inglesa, si bien no puede decirse que sea una copia de ésta, sino más bien que son hijas en gran parte del influjo anterior que venían ejerciendo los principios de la organización francesa juntamente con una participación de instituciones indígenas.

Además, no era posible atenerse á las formas que había tomado el gobierno local en Inglaterra en los últimos siglos. La situación social del siglo XIX había cambiado completamente; esta situación llevó á reformar tres veces de un modo profundo el Parlamento, y era, por consiguiente, irreconciliable con la existencia de una forma de administración que se cimentaba en el predominio de una clase social, la aristocracia; pues las personas que dominaban en el gobierno local pertenecían á la *nobility and gentry*, de donde salían los miembros de ambas Cámaras del Parlamento. Con la democratización del derecho de sufragio para la designación de la Cámara de los Comunes, de un lado, y de otra parte la extensión de las funciones de la administración local, se ha formado en el transcurso de los tiempos modernos una forma de administración que se ha ido aproximando cada vez más á la que domina en el continente, y el poder central, gracias á estas nuevas formaciones, ha ido adquiriendo una fortaleza que antes le era desconocida. Por tanto, junto á la antigua forma de la autonomía administrativa, cada vez más en retroceso, aparece otra nueva mediante corporaciones y órganos de éstas.

Mediante esta transformación y mutuo influjo, las dos formas históricas opuestas de autonomía administrativa, la inglesa y la continental, han llegado á una unión y compenetración.

Sobre la base de la evolución que hemos bosquejado someramente, ha logrado hoy el concepto obscuro y complejo de la autonomía administrativa un sentido que, al menos en su aspecto político, no deja lugar á duda ni es cuestión. Se aplica este concepto á toda administración pública que, ó es llevada á cabo exclusivamente por personas que no desempeñan servicios públicos (1), ó con la colaboración de éstas. Expresado de un modo más breve y preciso, autonomía administrativa es toda administración pública que no es ejercida, ó al menos que no se ejerce de un modo exclusivo, por funcionarios públicos titulados (2). Este concepto político sirve, pues, para conducirnos á la concepción de la naturaleza jurídica de la autonomía administrativa (3). Este principio no es tan sólo una palabra en la lucha

(1) Yo hablo de *servicios públicos* (*öffentlichen Dienste*), no de un servicio del Estado (*Staatsdienste*), para excluir también de la administración los servicios desempeñados en corporaciones públicas por funcionarios con título, si bien estos servicios, por ser jurídica y políticamente de menos importancia, pueden ser considerados incluidos en las consideraciones que han de seguir.

(2) En esta determinación negativa del concepto se unen los dos sentidos, completamente distintos uno de otro, de la autonomía administrativa, ó sea el sentido civil y el corporativo, como lo llama Rosin. Los que afirman exclusivamente la naturaleza meramente política del concepto autonomía administrativa, se ven también necesitados, cuando se trata de la administración de la corporación, de un concepto de autonomía administrativa que forme parte de uno de Derecho estatista. (Véase G. Meyer, pág. 346 y Laband, en el *Rechtsgelcerd Magazin*, 1891, pág. 14. Tirada aparte.)

(3) *System der subj. öff. R.*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 290 y sigs.

de los partidos políticos, ó un punto de vista para ordenar determinados fenómenos de la vida del Estado hacia fines prácticos especiales, sino que significa una institución permanente, y por esto es preciso dar de ella, como de toda institución constante en la vida del Estado, un concepto jurídico (1). Quien destierre completamente la autonomía administrativa del círculo de lo político desconoce que todos los conceptos jurídicos de la vida pública han nacido de lo político, y que, en general, lo que en la vida real del Estado es exigido para fines prácticos, y más tarde se ejerce de una manera permanente, se condensa necesariamente en una formación de derecho. No hay concepto fundamental alguno del Derecho Político que no proceda de la lucha y victoria de alguna exigencia política.

Si consideramos á los Estados para clasificarlos según su estructura, llegaremos á estas consecuencias:

Ante todo hay que suponer el caso normal del Estado uno, esto es, de aquel Estado que, cualquiera que sea la pluralidad

(1) Entre los nuevos ensayos hechos para lograr un concepto jurídico general de la autonomía administrativa, véanse Neukamp y Preuss. Sin duda es demasiado restrictiva esta definición de Neukamp: «la que es jurídicamente independiente de la administración ministerial, está sometida exclusivamente á las leyes del territorio, y por tanto igualmente independiente de las órdenes de una autoridad que le haya sido impuesta». *Der Begriff der Selbstverwaltung im Rechtssinne Archiv f. öff. R.*, IV, pág. 538. Preuss, *Städt. Amstrecht*, pág. 119 y sigs., quiere referir toda la autonomía administrativa civil á la administración mediante órganos de corporaciones autónomas, con lo cual violenta los fenómenos históricos y políticos que contradicen esta teoría. Declara E. von Meyer, en *Holtzendorff-Köhler Enzyklopädie*, II, pág. 644 y siguientes, que no es posible hallar, en lo cual estoy de acuerdo con él, un concepto general positivo de autonomía administrativa que pueda en sí conciliar el sistema inglés y alemán.

posible de sus miembros, es el exclusivo titular del poder público, y cuyos miembros, por tanto, carecen de carácter estatista y de cualquier otro análogo á éste.

Todas las funciones materiales del Estado pueden ser centralizadas ó descentralizadas. El término «autonomía administrativa», que sólo indica un modo posible de descentralización, encubre este hecho: hay, junto á la descentralización de la administración, la de la legislación y la de la jurisdicción. Los reglamentos de policía local y los estatutos locales son actos de legislación material, de igual suerte que los tribunales municipales, industriales, de comercio y de arbitraje sobre el seguro obrero, son en el Estado actual órganos de la función jurisdiccional.

Todas las formas fundamentales de la descentralización se reducen á dos muy distintas: descentralización administrativa y descentralización mediante autonomía administrativa.

La descentralización puede ser tan amplia, que la unidad interna del Estado que hemos dado como supuesto desaparezca á causa de la relativa autonomía de los miembros. Estos casos merecen una consideración especial. Son de grande interés, porque nos hacen conocer los límites del concepto Estado y nos muestran el paso que existe en la vida de la historia del Estado á formaciones no estatistas.

## II. Distintos modos de organizarse el Estado.

### 1.—Descentralización administrativa.

Hemos dicho ya que el Estado centralista, abstracción hecha de las comunidades políticas inferiores, sólo puede ser considerado como un tipo teórico, pero no como un tipo real. Toda división de un Estado en círculos territoriales para los fines de la gestión administrativa y de derecho, lleva necesariamente

consigo efectos descentralizadores. Las autoridades de estas divisiones territoriales no son exclusivamente órganos de ejecución del gobierno central, sino que, en determinadas circunstancias, son un poder de decisión que queda fuera de la vigilancia y corrección de las autoridades superiores.

Dos tipos de Estados descentralizados existen en la historia: en el primero, cada una de las partes del Estado tiene sus autoridades supremas; en el segundo, existe sobre todas las autoridades provinciales y locales un gobierno central unificado.

El tipo primero encuentra su expresión allí donde la administración y la jurisdicción tienen como fundamento un sistema provincial que indica los límites exteriores hasta los cuales puede extenderse la descentralización administrativa sin destruir la unidad del Estado.

El sistema provincial sólo es posible comprenderlo históricamente. Tanto al toscó pensamiento político de la Edad Media cuanto al absolutismo del príncipe en la moderna, le bastaba la unidad de la autoridad del Estado y de la administración de todas las partes del territorio sometido á su imperio en determinadas circunstancias para considerar que se encontraban ante un Estado unitario cuya unidad era conciliable con la más amplia diferencia en la situación política de los miembros. La exigencia de que la unidad del Estado se muestre en la unidad del gobierno central, no era desconocida ya en los primeros tiempos de la Edad Media; pero en el continente, debido á la situación general de la cultura, resulta imposible establecer y mantener de una manera permanente la realización de un poder central. El sistema feudal crea, juntamente con los órganos subordinados del gobierno central, poderes locales independientes, cuyos orígenes desaparecen en los recuerdos históricos del poder supremo del Estado. La admirable reorganización del Estado inglés, debida á Guillermo el Conquistador, nos ofrece el ejemplo primero de una centralización muy avanzada

en medio de un mundo político desmembrado por causa del poder independiente de los grandes señores. En el continente. Francia es la primera que con el progreso del poder real pugna por alcanzar la unidad del Estado mediante la unidad de la administración. En los demás Estados, lo que conduce á una superación del sistema provincial también es el impulso del príncipe por reunir las fuerzas de la comunidad, en vista especialmente de fines militares y económicos, y por destruir las oposiciones interiores y unir á la dinastía y, por consiguiente, al Estado todas las partes del territorio. No obstante, algunos restos de este sistema no han desaparecido por completo (1). Esta nueva organización se aplica hoy aún, á menudo, cuando se trata de nuevas adquisiciones de territorios ó de países anexiados, ó con motivo de cualquier dificultad jurídica ó política para la completa centralización de la burocracia. Irlanda, las Indias occidentales (2), Islandia (3), Alsacia-Lorena, en fin, todos los territorios de los Estados europeos sometidos á los ministerios especiales de colonias, son otros tantos ejemplos de partes de un Estado, cuyos gobiernos dependen, en más ó en menos, de un poder central conforme al sistema provincial.

(1) Aun en la mayor parte del siglo XIX, varios Estados alemanes han sido administrados según el sistema provincial (Sajonia, Hannover, Sajonia-Weimar, Mecklenburgo-Schwerin); véase Malchus, *Politik der inneren Staatsverwaltung*, I, 1823, §§ 60-63. Austria tenía, en la época inmediatamente anterior á la del dualismo, como Estado constitucional unitario, una cancellería especial para Hungría y Transilvania.

(2) Véase sobre la organización administrativa de ambas Gneist, *Das Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart*, 3.<sup>a</sup> edición, II, 1884, pág. 1.104 y sigs.; Hatschek, *Engl. Staatsr.*, I, páginas 193 y sigs., 208 y sigs.

(3) Véase Goos-Hansen, *Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark*, *Manuales Marquardsen*, págs. 45, 157 y sigs.

Si el Estado de hoy, construido según el sistema provincial, nos parece más bien una federación de provincias que la unidad de una comunidad, en la época en que dominaba este tipo de Estado existía, en una cierta medida para todas las provincias, un gobierno central unificado, que especialmente, desde el punto de vista exterior, aparecía como una unidad. Una unidad limitada al mero sometimiento á una autoridad no parece ser suficiente á constituir un Estado, sobre todo desde que la idea que de éste nos hemos formado se ha ido presentando con alguna mayor claridad; más bien lo que en tales casos existe es lo que indica el concepto de la unión personal en su forma originaria. También allí donde los territorios particulares permanecen con una organización independiente, su unión en un Estado se obtiene, en primer lugar, mediante el establecimiento de un sistema de autoridades centrales, junto á las especiales de las provincias, encargadas singularmente de cuestiones exteriores sobre el ejército y asuntos financieros. Pero hoy, aun en los países donde falta completamente un órgano central en la administración de varios territorios, no se podría volver á hablar de un Estado unitario, si bien, de otra parte, la existencia de tal centro no es suficiente para desposeer á estos miembros del carácter estatista.

Esta descentralización conforme al sistema provincial es una descentralización amplia, que se aplica, no sólo á la administración, sino á la legislación y á la jurisdicción. Ella favorece en alto grado la vida particular de las partes reorganizadas de un Estado. En tanto que estas partes están organizadas, forman divisiones de una unidad descentralizada. Representan, la mayor parte de las veces, á una asociación que, como tal, parece estar frente al Estado como titular de derecho. Más tarde las consideraremos bajo este aspecto.

La segunda forma de descentralización administrativa consiste en la organización del Estado mediante autoridades cen-

trales y unitarias y autoridades locales intermedias, revestidas de facultades administrativas y de un poder de decisión independiente. Hasta el Estado que se encuentre más fuertemente dominado por el principio de centralización, no puede menos de conceder á las autoridades subordinadas una competencia propia, porque es imposible á las autoridades centrales conceder recursos para todos los actos de administración, ó someterlos á la confirmación de las autoridades superiores. En lo que á los tribunales respecta, es indudable que se necesita un procedimiento que habrá de seguirse, y que la mayor parte de los casos se han de decidir en la primera instancia, no pudiendo intervenir las superiores sino á instancia de las partes. Incluso allí donde, como en Inglaterra, el tribunal supremo tiene, no sólo competencia extensa en primera instancia, sino que puede llamar á su conocimiento á cualquier asunto que se esté conociendo en un tribunal subordinado, es también evidente que lo general es que decida el juez inferior.

Dentro de este tipo de los Estados organizados según el sistema centralista (1) existe una gran variedad, y la mayor ó menor competencia concedida á las autoridades subordinadas obedece á las relaciones y necesidades concretas de cada Estado particular. Es, pues, posible también, dentro de este tipo, una amplia independencia administrativa de las partes del Estado, independencia que tiene naturalmente un carácter distinto que en el primero, pues se trata aquí de un gobierno cen-

(1) Este sistema era llamado anteriormente, por lo común, sistema real, á causa de la separación de los asuntos en varios grupos, en tanto que las autoridades provinciales superiores trataban la administración como si fuese toda ella una. Este hecho, sin embargo, no era general; además, tenía una significación esencialmente técnico-administrativa, pero no jurídica y política.

tral al que están subordinados especialmente los servicios de las autoridades intermedias y locales que no se refieren á la administración de justicia, lo cual le permite una situación por virtud de la que pueda ir aniquilando enteramente ó reduciendo en una gran medida todo aquello que pretenda sustraerse á su dirección. Esta forma de descentralización se desenvuelve esencialmente en el campo de la administración y de la acción judicial, en tanto que las facultades legislativas de las autoridades subordinadas sólo pueden existir en una medida limitada y en la forma de un derecho reglamentario. Rara vez aparece este sistema aisladamente, sino que, por lo común, está en relación con el sistema de descentralización de que vamos á ocuparnos.

2.—*Descentralización mediante autonomía administrativa* (1).

Conocemos ya la característica común, negativa, de toda administración autónoma, á saber: administración pública mediante personas que no están unidas por una relación de servicio permanente, profesional, con las asociaciones públicas cuya administración les está encomendada. En primer lugar, se trata de una administración estatista llevada á cabo por otras personas distintas de los empleados profesionales del Estado. Esta administración, considerada más inmediatamente, forma, por oposición á la administración burocrática del Estado, la administración por los interesados mismos. Nuestro propósito es ahora, exclusivamente, determinar su naturaleza jurídica.

Si se consideran las distintas formas de la administración autónoma, resultan, desde el punto de vista jurídico, dos pares de formas tipos, que en la realidad van siempre unidas unas á otras, pero que para los fines del conocimiento teórico necesi-

(1) Véase para esta cuestión *System*, cap. XVI.

tan ser separados. La administración autónoma tiene su fundamento ó en un deber ó en un derecho á administrar, y es llevado á cabo ó por individuos ó por asociaciones. Estos opuestos, aparentemente exteriores, son, como lo mostrarán las investigaciones que siguen, los que nos han de permitir considerar la naturaleza jurídica de la administración autónoma y sus variedades.

El Estado tiene dos medios para alcanzar el concurso de las voluntades que le son necesarias: ú obligar ó conceder derechos. Esto mismo ocurre cuando se trata de asegurar la administración de los intereses locales por los mismos interesados en ella.

Las obligaciones pueden imponerse á individuos ó á asociaciones. Los intereses locales pueden ser satisfechos igualmente, ya mediante la satisfacción, por parte del individuo, de sus deberes de servicios al Estado ó por las asociaciones puestas al servicio de éste.

Estos deberes de servicios del individuo no descansan, como el del funcionario profesional, sobre el fundamento de una relación de servicios permanentes, exteriorizado en un acto individual (contrato de servicios al Estado), sino en la sujeción general de los individuos al Estado. Este sometimiento halla su compensación esencial en el honor especial que va unido á la cualidad de titular de un órgano del Estado. Las personas, por tanto, llamadas á prestar servicios de este modo son funcionarios honoríficos, que como tales han sido llamados á una determinada función. Por esto son inamovibles, y, en general, sólo están sometidos á las leyes y al poder de ordenación conforme á ley, pero no á los reglamentos é instrucciones de las autoridades superiores. Así, pues, son más independientes del poder central que los funcionarios de carrera (1). Su institución debe,

(1) Véase *System*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 183.

por consiguiente, garantizar especialmente tanto la mejor gestión de los intereses locales que á ellos atañen cuanto la legalidad de la administración.

Este tipo se encuentra representado, especialmente en Inglaterra, en la administración de los condados. Es la forma necesaria de la autonomía administrativa de un Estado, cuya historia principia por una centralización que no reconoce á sus asociaciones derecho á administrarse de un modo autónomo. Por su aspecto real, esta forma de administración lo es del Estado, y está desempeñada por empleados honorarios. A causa de esto, la designación de los mismos la hace el rey (1), en cuyo acto se ve claramente cómo se trata aquí de una transmisión estatista de la función (2).

Este tipo ha experimentado varias modificaciones. El momento de la obligación puede ser relegado, y en este caso se crea un segundo tipo de este género. El derecho y el deber del nombramiento puede ser concedido por el Estado á asociaciones independientes, las cuales adquieren entonces el carácter de administradoras de la asociación. La función honoraria puede ir unida á la función profesional y formar una autoridad única.

Esta última modificación se halla muy generalizada en muchos Estados alemanes desde la reorganización de las autoridades administrativas. El consejo de distrito de Baden, el consejo provincial de Prusia, las comisiones de distritos y círculos

(1) Con excepción del *Coroner*, cuyo nombramiento fué traspasado á la asamblea del condado.

(2) En Prusia el alcalde presidente (*Kreisordnung* de 13 Diciembre de 1872, §§ 56 y sigs.) se ha formado según este tipo; pero el alcalde presidente está en una mayor dependencia del gobierno que el juez de paz inglés.

(*Bezirks- und Kreisausschuss*) de Prusia y Sajonia, las comisiones provinciales y de partido de Hessen, son todas ellas autoridades del Estado, formadas por funcionarios profesionales y honorarios, siendo, al menos, el presidente un funcionario de carrera. En el imperio alemán existen otros ejemplos, como son los tribunales de arbitrajes para conocer del seguro contra la invalidez y los accidentes. Este sistema de autoridades del Estado, mixtas, no encierra en sí sólo la descentralización administrativa por la participación de los interesados, sino además la fiscalización de la administración burocrática por la autónoma.

En todos estos casos la relación entre la función honorífica y la administración local está asegurada, porque la posibilidad de la primera está limitada á un círculo de personas, bien atendiendo al lugar, bien á corporaciones. Incluso en aquellos casos excepcionales en que hoy se encuentran funciones centrales desempeñadas por autoridades de carácter mixto, como sucede con las oficinas de seguros del imperio alemán, se conserva el nexo con las asociaciones locales, á causa del modo de ser nombrados los miembros de las funciones honorarias.

Semejante á los deberes personales de servicio, pero distinto en muchos puntos importantes, es el deber de servir en las asociaciones. Las asociaciones de que aquí tratamos pueden ser muy diversas: asociaciones sin personalidad, con subjetividad jurídica rudimentaria, ó, por el contrario, de subjetividad muy rica; eclesiásticas ó laicas, privadas ó de derecho público; todas ellas pueden ser sometidas á los deberes de servicios al Estado. Son de una especial importancia los deberes de las asociaciones de derecho público, esto es, de aquellas que, ó son titulares de derechos de *imperium* y de deberes públicos, ó sin ser titulares de derechos de *imperium*, están, no obstante, en el número de las que forman parte integrante de la organización del Estado y son reguladas á causa de ello por el derecho pú-

blico. Las primeras, son asociaciones de derecho público activas; las segundas, pasivas (1).

El tipo de las asociaciones pasivas en la administración pública, puede hallarse de nuevo en los Estados anglo-sajones (2). Esto depende de que la idea de la corporación no ha sido objeto allí de una comprensión tan clara como en el continente. Por esto representáanse especialmente los antiguos condados en Inglaterra, antes de las grandes reformas administrativas del siglo XIX, de igual suerte que las asociaciones comunales americanas hasta la actualidad (3), como asociaciones de esta naturaleza, pero rudimentarias. Ellas carecen de poder de *imperium* como derecho subjetivo, pero están formadas por el derecho público; descansan sobre el principio de la obligación de ser miembro, y los gastos de su administración se satisfacen por impuestos locales. Ejercitan el *imperium*, pero sólo en virtud de una delegación del Estado; no obran por voluntad propia, sino

(1) Véase, acerca de esto, *System*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 268 y sigs.; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 621; Hatschek, *Selbstverwaltung*, pág. 97 y sigs.

(2) Véanse una prueba profunda en Hatschek, *Selbstverwaltung*, págs. 20 y sigs., 173 y sigs., y una exposición fundamental y convincente en *Englisches Staatsrechts*, I, págs. 35 y sigs. y 75 y sigs.; Maitland, *Trust and Corporation*, *Grünhuts Zeitschrift*, XXXII, pág. 73, el cual afirma la supervivencia de la teoría jurídica inglesa.

(3) El sistema americano, que descansa sobre los mismos principios que el inglés, con el cual mantiene una relación histórica, ha sido objeto de una comparación clara y de conjunto con respecto á éste por Goodnow, ob. cit., I, pág. 162 y sigs. Son especialmente interesantes las decisiones del juez, págs. 163 y sigs., las cuales hablan del carácter corporativo subordinado de las ciudades y condados, quienes, según su naturaleza, sólo son parte de la administración del Estado cuyos funcionarios desempeñan funciones estatistas.

mediante el poder del Estado; forman de una parte los supuestos y de otra el complemento de la administración, llevada á cabo por funcionarios honorarios; por mediación de ellas, la totalidad de los súbditos se ven constreñidos á los fines de la administración del Estado bajo la forma de obligación de prestaciones personales y reales.

La asociación activa de derecho público, cuyo tipo constituyen los municipios de los Estados continentales, aparece también, aunque sea titular de derechos de *imperium*, como una asociación sometida á un deber de servicio para el Estado. Ante todo, la mayor parte de las veces el derecho y el deber en su esfera soberana, están enlazados el uno con el otro, de suerte que el ejercicio del derecho contiene al propio tiempo un elemento de deber respecto del Estado, al menos en tanto en cuanto no depende de su arbitrio el determinar si ha de obrar ó no. Así, pues, estas asociaciones son utilizadas por el Estado para sus fines administrativos por la imposición de deberes especiales. Desde este punto de vista pueden presentarse distintas posibilidades: ó los deberes del servicio corresponden á las asociaciones mismas, ó á órganos determinados de ellas, que adquieren por este hecho el carácter de órganos del Estado, con lo cual se enlaza su cualidad legal de órgano de la asociación. Una nota esencial del deber de servicio de la asociación es, además, que el coste de las prestaciones á que están obligadas con el Estado, son ellas mismas las obligadas á soportarlo; así, pues, los miembros de las asociaciones son los que han de procurar á éstas los medios económicos para su actividad administrativa.

La posibilidad de un derecho á la autonomía administrativa parece, á primera vista, incompatible con la idea de la unidad del Estado y de su poder, y con la de que sólo el Estado mismo puede poseer un derecho al *imperium*. En realidad aquella doctrina sólo puede ser comprendida históricamente, pues to-

dos estos derechos se refieren históricamente á su vez al Estado dualista de la Edad Media. En Inglaterra el poder del Estado, concentrado desde la época de la conquista normanda, nunca ha reconocido un derecho del individuo ó de una asociación á la autonomía administrativa.

En el continente ocurre de otro modo. El poder del Estado estaba en él en manos de los señores feudales y de las ciudades, y lo han utilizado como derecho propio. El absolutismo, que fué el grande ejecutor del proceso de expropiación que llevó á cabo el poder del Estado contra todos los poderes sometidos, no desposeyó del propio *imperium* á las autoridades. Hasta el siglo XIX los grandes señores y las ciudades tenían, en distintos Estados, el derecho propio de policía y función jurisdiccional. También han quedado otros derechos de soberanía á las ciudades, pero limitados y vigilados por el poder del Estado. La idea de que originariamente pertenece este derecho al Estado, se abre camino en la teoría y en la práctica. Por esto, una permanencia ó extensión de estos derechos sólo es posible jurídicamente si se le enlaza de nuevo con su origen. Así como el señor de la tierra ó el obispo pueden entrar en posesión de derechos de soberanía mediante las regaldas, y la ciudad por la concesión de la jurisdicción cuyo origen manifiestamente es un fenómeno del poder del Estado, así siempre que existe hoy reconocimiento de un derecho de administración autónoma, es porque existe una investidura con *imperium*. El instituto moderno que tiene hoy este tipo de la administración autónoma, ha recibido, pues, del Estado el derecho al ejercicio del *imperium* estatista; de suerte que le corresponde este derecho como un derecho independiente y frente al Estado—derivado, pero propio,—el cual puede el Estado, sin embargo, modificar siempre por vía legislativa.

Este derecho de autonomía administrativa corresponde hoy sólo de un modo excepcional al individuo; y además exclusiva-

mente en su relación con una asociación. Así ocurre, especialmente, con los derechos que los propietarios de mayorazgos (*Gutsbezirk*) tienen en varios Estados (1). Por lo común, se concede hoy á las asociaciones el derecho á la administración autónoma. El caso más importante de autonomía administrativa, si bien no el único, es el de los municipios. Además de éste, hay una multitud de asociaciones que de igual suerte ejercen la autonomía administrativa (2). Especialmente la Iglesia, allí donde posee el carácter de corporación pública, y las asociaciones de intereses sin personalidad jurídica, tales como las asociaciones de comercio, las cámaras industriales, las asociaciones de oficio (3) y las asociaciones dotadas de tal personalidad, como las cajas para enfermedad, las corporaciones profesionales, las cámaras de oficios y de artesanos (4). Todas ellas son, prescindiendo de la Iglesia, nuevas creaciones que descansan en la combinación de los principios existentes.

Como tipo de asociación con derecho á la administración autónoma debemos considerar al municipio, y ante todo nos

(1) Véase von Stengel, *Gutsbezirk* en el *Wörterbuch du deutschen Verwaltungsrechts*, I, pág. 617 y sigs.; Gluth, *Gutsbezirk*, en el *Österr. Staatswörterbuch*, I, pág. 983 y sigs.

(2) En la literatura moderna, Haenel, *Staatsrechts*, I, página 135 y sigs., expone detalladamente su opinión, según la cual la autonomía administrativa sólo la considera como administración corporativa; véase también O. Mayer, II, pág. 370 y sigs. La limitación de la administración autónoma á la administración municipal se puede considerar desechada. Véase G. Meyer, página 346, y los escritores citados por el mismo autor en la nota 10. Véase asimismo una enumeración detallada de las asociaciones no municipales con autonomía administrativa, en Schön, *Das Recht des Kommunalverbände in Preussen*, 1897, pág. 12.

(3) El *Bundesrat* puede concederles personalidad mediante una decisión, *Gewerbeordnung*, § 104.

(4) Véase *Gewerbeordnung*, § 103, nota.

hemos de fijar en la comunidad política en sentido estricto. Las asociaciones superiores municipales, formadas ó reorganizadas según el modelo del Estado francés, no ofrecen problema alguno. Asimismo las comunidades administrativas para determinados fines cuya unidad y funciones son de importancia para el conocimiento de la ordenación de los municipios en cada Estado particular, no lo son para una doctrina general de los principios del Estado (1).

Los municipios, como el Estado, tienen un territorio, súbditos y un poder independiente. Pero se distinguen del Estado en que el municipio no posee un *imperium* originario, sino que le ha sido prestado por el Estado. Todo *imperium* de un municipio es derivado, incluso aquellos derechos de soberanía que se le han concedido como derechos propios. Los de soberanía del municipio no son nunca derechos originarios. Su territorio es, al propio tiempo, territorio del Estado, sus súbditos, súbditos del Estado, y su poder está sometido al del Estado.

Estas corporaciones territoriales descansan en una base social que no ha creado el Estado, á saber: la comunidad de intereses de los vecinos. A menudo se han formado independientemente del Estado y han sobrevivido á los cambios experimentados por éste; en tal sentido es justa la afirmación de que los municipios son más antiguos que el Estado. Pero si tienen derechos de soberanía, es al Estado á quien se los deben originariamente. Cuando los recuerdos de los orígenes de las libertades municipales y de sus privilegios se borren, podrá llegarse á formar la concepción de un derecho originario de soberanía de los municipios.

Las ideas de reforma francesa anteriores á la revolución y los ensayos de la Constituyente para reorganizar el Estado francés,

(1) Véase para todo lo que sigue, *System*, cap. XVII.

han hecho nacer la doctrina de un derecho natural de los municipios, esto es, la de un *pouvoir* municipal (1).

Así es como llega á distinguirse el círculo de actividad natural del municipio, del concedido. El primero, especialmente desde la época de la teoría del poder municipal, fué acogido por la Constitución belga y desempeñó un papel importantísimo en las doctrinas y en las exigencias del liberalismo de la Alemania del Sur, en la época de 1830 á 1838. Su influjo es causa de la fijación de los derechos fundamentales de los municipios en los años de 1848-49, lo que tuvo de nuevo grande importancia para las teorías posteriores y para la legislación.

Esta teoría de derecho natural puede considerarse hoy superada, pues incluso aquellos que como Gierke y su escuela mantienen la doctrina de que los municipios poseen un *imperium* propio, no llegan á consecuencia práctica alguna con su doctrina, la cual sólo se apoya en la historia jurídica de la Edad media (2).

La situación actual de los municipios en el Estado se ha de juzgar más bien según los siguientes principios:

(1) *System*, pág. 277 y sigs.; Hatschek, *Selbsterwaltung*, página 34 y sigs. Acerca del influjo de estas ideas en la organización municipal de Stein de 1808, véase M. Lehmann, ob. cit., II, pág. 477 y sigs. La significación de esta gran reforma, así como la forma original de organización de los municipios alemanes, será estudiada en la segunda parte de esta obra. (Esta segunda parte no llegó á publicarla el autor.—N. del T.)

(2) Esto se muestra también en la nueva defensa que hace Preuss en *Städt. Amtsrecht*, pág. 131 y sigs., del derecho originario de los municipios. Afirma muy justamente, en la página 136 y sigs., que las relaciones de cada Estado concreto, incluso las de *lege ferenda*, son las que sirven para regular la determinación de los límites entre el Estado y el municipio.

Los municipios tienen, como toda asociación, derechos que por su naturaleza no rebasan los límites de la libertad de asociación privada reconocida por el Estado. Gozan en este sentido del derecho á instituir órganos propios, á la admisión de miembros, á administrar sus bienes, á gobernar sus asuntos locales; en una palabra, ejercen la función administrativa privada dentro de la extensión de que antes hemos hablado. El Estado regula también, sin duda alguna, de muy distintos modos este campo de actividad en sus leyes municipales; pero hasta tanto que una regla jurídica dictada por el Estado con carácter restrictivo no le reconozca otro límite ó dominio de poder, lo que vale aquí es la voluntad propia del municipio, la cual sólo tiene su límite en los fines de la asociación. Los municipios están además investidos por la ley de un derecho de soberanía estatista; es decir, su *imperium* le es concedido de tal suerte, que tienen derecho á exigir el ejercicio del mismo, el cual, no sólo le es garantido en interés del Estado — pues mediante la administración autónoma parece lograr mejor sus fines que por obra de órganos del Estado, — sino también en interés propio. El poder de policía (1), el derecho de exigir prestaciones personales y reales de sus miembros, lo tienen los municipios, no sólo para poder cumplir sus deberes respecto del Estado, sino más bien para poder satisfacer sus fines peculiares. Los impuestos que establecen los municipios en virtud de su *imperium*, son aplicados sin distinción en cumplir todos los objetivos del municipio. El *imperium* es, por tanto, un medio administrativo de los municipios para conseguir desplegar plenamente su actividad.

El Estado utiliza además para sus fines á los municipios, en

(1) La situación de éste en los municipios es regulado de un modo distinto en cada Estado. *System.*, pág. 276, núm. 1.

tanto en cuanto los inserta, en calidad de miembros, dentro de su organización administrativa. En este caso el municipio tiene que ejercitar funciones estatistas en virtud de obligaciones que le impone el Estado, por lo cual el campo de acción de un municipio se divide en campo de acción propio é independiente y campo de acción concedido, delegado, cuya distinción, aun cuando procede de la terminología francesa, recibe en esta ocasión un sentido muy diferente. En el círculo de actividad propia, ejercitan los municipios sus derechos; en el que le es concedido ó delegado, el municipio tiene el carácter de órgano del Estado (1).

A causa del enlace íntimo en que vive el municipio con el Estado, goza éste frente á aquél, como frente á toda otra corporación de derecho público, de una actividad comprensiva y reguladora; él es el que establece su constitución, bien exclusivamente, ya en sus rasgos esenciales, y lo somete á su fiscalización, la cual puede ser distinta, según los diferentes sistemas de derecho; los municipios, en mayor ó en menor medida, pueden sufrir ataques del poder del Estado. En sus le-

(1) Otras divisiones, como la de Gneist, en administración autónoma de autoridad y administración autónoma económica, ó la de Loening (*Verwaltungsrecht*, pág. 185), distinguiendo los problemas del municipio en obligatorios y arbitrarios, no nos conducen á ninguna distinción jurídica importante de los problemas del municipio. Los impuestos municipales son establecidos tanto en virtud de la actividad administrativa política como económica, pues en general el *imperium* que compete al municipio es un medio para la administración económica, é igualmente la imposición de un impuesto municipal tanto puede ser una obligación del municipio cuanto nacer de la necesidad de servir á un fin facultativo. Por esto mismo participa también de este carácter, sin que sea posible, al establecer un nuevo impuesto, separar de él estos dos elementos.

yes municipales dispone el Estado formalmente y de un modo absoluto acerca de la organización y esfera de acción de los municipios, sin que halle límite insuperable para él. Este principio tiene el carácter de una concepción jurídica auxiliar, de igual modo que la correspondiente al poder omnímodo del Estado frente al individuo.

La extensión mayor ó menor de la autonomía administrativa de los municipios no es posible fijarla *a priori*, pues el concepto de los intereses locales es muy vago y á menudo está sometido al capricho. El campo de acción propio del municipio comprende especialmente los asuntos de administración interior y económica; lo delegado es la administración de justicia y del ejército, y la administración municipal en general es administración conforme á leyes del Estado. Corresponde, pues, también á los municipios legalmente un derecho reglamentario, á saber: el derecho de dictar estatutos locales, y en virtud de este derecho participan los municipios en la legislación material.

De lo antes dicho se desprenden los siguientes resultados:

La descentralización mediante autonomía administrativa es un fenómeno político que se realiza de muy diversas formas jurídicas, y es *pasiva ó activa*, según que sea ejercida como un deber ó como un derecho. Es además, ó administración *individual* ó administración ejercida por una *asociación*, según que es un individuo ó una colectividad quien la ejerce. La administración autónoma pasiva, considerada en su aspecto jurídico, es administración de Estado llevada á cabo por los interesados mismos; se realiza, pues, mediante órganos del Estado; su significación práctica radica en el carácter de estos órganos, los cuales son ó funcionarios honoríficos ó asociaciones. La administración autónoma activa, por el contrario, sólo puede ser hoy ejercida por las asociaciones que en el cumplimiento de sus derechos no obran como órganos del Estado, sino en nombre propio. La importancia de la autonomía administrativa en las

asociaciones no descansa tan sólo en su situación peculiar respecto del Estado, sino también en el carácter de las funciones que ejercen.

Bajo estas asociaciones, los municipios, grandes y pequeños, ocupan una situación especial. En la forma que han revestido éstos en el continente son á la vez asociaciones activas y pasivas, de modo que en ellos pueden ser estudiados todos los aspectos de la organización autónoma.

### 3.—Descentralización por regiones (*Länder*) (1).

El Estado unitario, cuyos elementos reciben de él su carácter general de unidad, ha sido por largo tiempo un tipo ideal, que ha entrado en la realidad después de la superación del dualismo medioeval. En muchos casos no ha correspondido más tarde la realidad á las exigencias teóricas de la unidad perfecta del Estado. En tanto que se ha hallado el equilibrio de la unidad del Estado en la unidad de la personalidad del monarca, ha sido

(1) Véase, para todo lo que sigue, mi colección sobre *Staatsfragmente*, cuyos resultados fundamentales han sido objeto de la aprobación de G. Meyer, pág. 33. No puedo en este lugar ocuparme extensamente de las aclaraciones á que han dado lugar mis afirmaciones, especialmente en Francia. La existencia de un escalón intermedio entre el Estado y el municipio lo ha reconocido también bajo mi influjo Rosenberg, *Territorium, Schutzgebiet und Reichsland*, *Hirths Annalen*, 1903, pág. 492 y siguientes, y Seidler, *Juristische Kriterium*, pág. 85; cada uno de ellos, á su modo, trata de construir una doctrina sin llegar á poder explicar todos los casos que se presentan.

(Traduzco la palabra alemana *Land* por región, como la más aproximada, pues este vocablo tiene un sentido jurídico y político manifiesto, en tanto que país ó tierra nada dicen en este sentido para nosotros.—*N. del T.*)

posible que coexistiesen las peculiaridades de cada una de las partes del Estado dentro de esta unidad, sin comprometer por ello la teoría. Ya hemos dicho que muchos Estados eran antes más bien una federación de provincias que una unidad íntima. En las monarquías absolutas, ó en aquellas que tenían una estructura que se basaba sobre las clases ó estados, era posible, á pesar de todas las diferencias en la organización provincial y de todos los particularismos en la legislación y administración, hablar de una vida social especial, pero no de una vida particular política, de miembros que estaban visiblemente separados unos de otros.

En esta época no siempre existía aquella breve realidad de unidad política con que se daba por satisfecha la teoría del derecho público para caracterizar á un Estado como tal. Allí donde el soberano tenía derecho y poder para limitar ó suprimir las particularidades existentes, podían ser consideradas estas particularidades como existiendo tan sólo á *precarium*, y no eran, pues, capaces de destruir el carácter unitario del Estado. Otra cosa acontecía donde las instituciones, formadas sobre clases ó estados, subrayaban las peculiaridades de las partes.

Tan pronto como comienza uno á ocuparse seriamente de tales formaciones, se advierte que los tipos que sirven de modelo no bastan para explicar suficientemente aquellas funciones, y se recurre entonces á conceptos auxiliares, de los cuales hay dos que debemos mencionar especialmente. El concepto unión real, susceptible de tantas interpretaciones, se utiliza siempre que hay una variedad de territorios que llegan á formar una unidad imperfecta; y se usa la categoría de la incorporación imperfecta, para explicar las particularidades de un territorio que ha sido anexionado á un Estado y al cual la Constitución deja una amplia independencia. Acerca de la naturaleza de las partes de tales unidades imperfectas, no existe aún ninguna idea clara. Con el concepto actual de Estado son irrecon-

ciliables aquellas categorías, aun cuando todavía no hayan desaparecido de la literatura (1).

Pero no por esto ha desaparecido de la realidad el problema mismo. Hoy existen infinidad de formaciones que no pueden ser comprendidas tomando como tipo el Estado unitario. El problema se plantea actualmente con más firmeza que antes, porque la estructura de la formación del Estado moderno muestra los rasgos distintivos de sus miembros mejor que lo hacía el Estado absoluto y el Estado de clases de los últimos siglos. La unidad jurídica de cada uno de los elementos particulares del Estado se acusa hoy de un modo mucho más claro que antes. El concepto de ciudadano de un Estado ha alcanzado por vez primera su madurez completa con la caída de la organización estatista feudal y de clases; la unidad del territorio del Estado, la centralización de la administración y la de la justicia en última instancia, no se han desarrollado con todas sus consecuencias hasta la revolución francesa. Hoy el Estado se nos aparece fundamentalmente como dotado de unidad territorial, unidad de pueblo y unidad de poder. Cualesquiera que sean las corporaciones que puedan existir en él, su territorio es siempre al propio tiempo territorio del Estado. Los miembros de las asociaciones que en él van contenidas son, al propio tiempo, miembros del Estado, y todo poder de asociación es un poder sometido al del Estado; de suerte que el órgano de la asociación jamás puede alcanzar el carácter de órgano del Estado, pues pertenece á una asociación no estatista, sino que este carácter exclusivamente lo ostentará en virtud de la voluntad del Estado. ®

(1) Bornhak ha intentado nuevamente renovar el concepto de la incorporación imperfecta. Véase *Einseitige abhängigkeitsverhältnisse unter den modernen Staaten*, 1896, pág. 62 y sigs., en Jellinek-Meyer, *Abhandlungen*, pág. 62 y sigs.

Pero no hay duda alguna de que hay Estados en los que no existe esta unidad de sus elementos; de aquí nace una forma de descentralización que no corresponde á ninguno de los tipos de que nos hemos ocupado hasta ahora, sino que es preciso formar un nuevo tipo tomando por base materiales empíricos. Quien se ocupe de alguna de estas formaciones, incurrirá en las mayores contradicciones si pretende incluirlas en los conceptos de escuela existentes en el Derecho Político. Vamos á intentar echar una ojeada de conjunto sobre los casos más importantes que se suelen presentar.

1. Hay Estados cuyo territorio y pueblo no forman una unidad de Derecho Público. Este caso se presenta cuando hay cambio de dominación, separación de un territorio ó conquista de un Estado; basta con que el país conquistado entre á formar parte del territorio del conquistador. Tales territorios, que no pertenecen ya al Estado anterior, ó han perdido su carácter de Estado, no forman parte aún del Estado conquistador desde el punto de vista del Derecho Político. Más bien puede decirse que, mediante un acto de Derecho Internacional, el Estado conquistador tiene la facultad de apropiarse aquellos territorios; pero para llevar á cabo la incorporación, es necesario siempre un acto particular del Derecho Político; jamás tiene lugar *ipso jure*. Ambos actos, la adquisición del territorio y la incorporación, pueden ser temporalmente separadas de un modo sensible la una de la otra. Así, por ejemplo, en virtud de la paz de Viena de 30 de Octubre de 1864, fué el Schleswig-Holstein cedido por Dinamarca á Prusia y Austria; pero su incorporación á la monarquía prusiana tuvo lugar mediante la ley prusiana de 24 de Diciembre de 1866, ratificada mediante la patente real de 12 de Enero de 1867. Alsacia-Lorena fué cedida por Francia á Alemania en los días de la ratificación de los preliminares de la paz de Versalles (2 de Mayo de 1871); pero por la ley del imperio de 9 de Junio de 1871 fué declarada

Alsacia-Lorena una parte del imperio alemán, y sus habitantes ciudadanos del imperio. En el intervalo, estos territorios, aun cuando no forman por sí Estados, tampoco están incorporados á ningún otro; de suerte que quedan en una situación suspensiva, que puede durar largo tiempo; así lo prueba la situación actual de la Bosnia y Herzegovina (1). Ambas provincias turcas, colocadas bajo la administración de Austria-Hungría, no forman parte ni del territorio del Estado austriaco ni del húngaro, y sus ciudadanos no tienen ni ciudadanía austriaca ni húngara. Pero á pesar de que Turquía conserve la soberanía sobre ambas provincias, este poder de dominación ó de soberanía, en virtud de la cesión que han hecho del poder de gobierno á Austria-Hungría, carece de todo contenido de Derecho Público; de modo que estas provincias, con respecto al imperio turco, parecen territorios independientes con súbditos propios, máxime por ser Austria-Hungría la que las representa en el exterior. Su relación con el imperio turco tiene, pues, esencialmente la significación exclusiva de Derecho Internacional, la de impedir que Austria-Hungría se las incorpore á uno de sus dos territorios sin el asentimiento de la Puerta y de las demás potencias signatarias del acta del Congreso de Berlín.

Las conquistas hechas conforme al Derecho Internacional, pueden estar también separadas de los territorios del conquistador. Buen ejemplo son de ello los territorios alemanes pro-

(1) (Al publicarse la segunda edición de esta obra aún no se había llevado á cabo la anexión á Austria-Hungría de la Bosnia-Herzegovina, sobre la que Europa simplemente había confiado á aquélla, en el Congreso de Berlín, una misión administrativa, pero reservando de derecho la soberanía al sultán. La anexión fué hecha pública por tres rescriptos imperiales y reales de 7 de Octubre de 1908 y una proclama al pueblo de las dos provincias anexionadas.—*N. del T.*)

tegidos, los que están sometidos á la soberanía del imperio alemán y no forman una parte del territorio del imperio tal como éste es descrito por la Constitución. Pertenecen al imperio, pero no son una parte de él; es decir, desde el punto de vista de los principios, en un sentido de Derecho Político, son para el imperio territorios extranjeros (1). Los individuos pertenecientes á los territorios protegidos no son, pues, ciudadanos del imperio alemán. Se les puede conceder tal ciudadanía del imperio, mas para ello es necesario un acto administrativo del imperio alemán. El indígena no naturalizado, ó cualquier otro miembro de un territorio protegido del Estado, es y permanece extranjero para el imperio.

Los territorios protegidos tienen, pues, dos de los elementos esenciales del Estado: territorio propio y súbditos propios, y, sin embargo, están muy distantes de ser un Estado (2). No tie-

(1) El punto de vista dominante encuentra hoy la oposición de Köbner, *Deutsches Kolonialrecht*, en *Kohlers Enzykl.*, II, página 1.090, el cual afirma que los territorios protegidos no son territorios extranjeros, sino países agregados; sólo que desde un punto de vista de Derecho Político, país extranjero es todo el que no pertenece legalmente al territorio del imperio, como hace notar muy acertadamente Laband, II, pág. 278.

(2) Rehm, *Staatslehre*, pág. 264, considera los territorios protegidos como Estados no soberanos, contruídos según la teoría del Estado objeto. (Véase el tomo I de esta obra, pág. 206.) Este punto de vista es insostenible, aun prescindiendo de las contradicciones que implica la falta de un concepto unitivo de Estado para una época determinada de la cultura. Ante todo, falta á los territorios protegidos un poder independiente de Estado, tanto objetiva como subjetivamente, pues la soberanía sobre los territorios protegidos descansa exclusivamente en una ampliación de la competencia del poder del imperio, para lo que está autorizado éste de una manera general por la Constitución misma (art. 11). Así, pues, el poder que se manifiesta en los territo-

nen los elementos que caracterizan á la personalidad del Estado (1). El poder del Estado sobre los territorios protegidos descansa exclusivamente en el del imperio (2).

ríos protegidos no es un poder separado del del imperio, sino la unidad del poder de éste. Si se acepta, como quiere Rehm, que los territorios protegidos tienen un poder independiente, se cae en contradicciones insolubles. Los territorios protegidos no tienen personalidad internacional precisamente porque carecen de personalidad estatista, faltándoles, por tanto, justamente la nota que, según Rehm, caracteriza al Estado. Además, entre Estados, incluso entre uno soberano y otro no soberano que le esté sometido, sólo puede existir, en virtud de su carácter estatista, una relación internacional, que no puede darse entre el imperio y los territorios protegidos. Asimismo necesitaría la modalidad internacional del territorio protegido manifestarse exteriormente de algún modo; por ejemplo, el imperio necesitaría poder declarar exclusivamente la guerra en su calidad de soberano del territorio protegido, pero en ninguna parte se ha declarado el derecho de guerra del territorio protegido idéntico al del imperio, etc. Contra la doctrina de Rehm se revuelve, prescindiendo de otras cosas, el más importante principio fundamental metodológico: *praeter necessitatem principia non sunt multiplicanda*. Para evadirse de mi hipótesis de los fragmentos del Estado, es preciso aceptar sus tres géneros de Estado, y además un cuarto tipo mixto (pág. 171), en el que van unidos elementos fundacionales y de carácter corporativo.

(1) Mediante la ley del Estado de 30 de Mayo de 1892, se les ha concedido personalidad jurídica patrimonial y, por consiguiente, subjetividad de derecho público. Esta capacidad jurídica limitada descansa en un tipo de fundación, no sobre un tipo corporativo (véase *Staatsfragmenten*, pág. 19), y de ningún modo eleva los territorios protegidos á la dignidad de Estados. Otro tanto pasa con la Alsacia-Lorena y su fisco. (*Staatsfragmenten*, pág. 32.)

(2) Esta es la doctrina dominante. (Véase G. Meyer, *Die Staatsrechtliche Stellung des deutschen Schutzgebiete*, 1888, pági-

2. Hay miembros del Estado que poseen órganos cuya naturaleza y funciones son enteramente iguales á las de un órgano de aquél, pero que no son en sí órganos del mismo, sino de la corporación territorial de que se trata, insertos en la organización del Estado. Estos órganos son rudimentos de un poder estatista independiente. Tales rudimentos pueden ser de tal importancia que sugiera dudas el determinar si las corporaciones territoriales tienen ó no un carácter de Estado. Desde el punto de vista político, los Estados que poseen formaciones de esta suerte no se suelen considerar como unitarios, sino como federales, como unión real ó confederación de Estados. A causa de su importancia, conviene fijar su naturaleza jurídica.

El caso más importante es aquel en que los territorios tienen órganos particulares legislativos. Esto ocurre con una parte de las colonias británicas, especialmente el Canadá, las tierras del Cabo y las colonias de Australia, que han sido dotadas por el Parlamento británico de Constitución propia (1). Tienen Parlamento propio, que no es órgano del imperio británico, sino de las colonias, que ofrecen un carácter corporativo. Además, el

na 87; del mismo, *Staatsrecht.*, pág. 206; Laband, II, pág. 277; Haenel, *Staatsrecht.*, I, pág. 844 y sigs.) Sobre la situación de las sociedades coloniales y jefes de las razas indígenas, véase G. Meyer, *Staatsrecht.*, I, pág. 487 y sigs. Se pueden considerar los territorios protegidos como objetos de la soberanía del imperio, en tanto que con esto se quiera expresar la falta de un poder público independiente en los territorios protegidos. Los habitantes de un territorio protegido no son de ningún modo meros objetos de dominación, pues su personalidad es reconocida y protegida. La teoría jurídica que considera el Estado como objeto, no encuentra aquí aplicación.

(1) Véase especialmente Todd, *Parliamentary Government, in the British Colonies*, 2.<sup>a</sup> ed., London, 1894, y además Dicey, *Introduction*, pág. 98 y sigs.

reino y regiones de Austria han recibido, por la Constitución de 26 de Febrero de 1861, una legislación especial, que tiene para ellos el carácter de las leyes fundamentales del Estado. Conforme á éstas, participan las dietas de cada región en la legislación del mismo. En Austria hay especialmente dos géneros de leyes: leyes propias de cada región y leyes del imperio; estas últimas no se encuentran, como ocurre en Alemania, en una relación de preferencia sobre las primeras, sino que ambas tienen el mismo valor. En Alsacia-Lorena la comisión nacida del voto de las asociaciones comunales de este territorio influye en la labor legislativa de la región, del modo y manera como podría hacerlo una representación popular, y las leyes de aquella región son dadas por el kaiser con el asentimiento del *Bundesrat* y de la comisión de la región (*Landesausschuss*) (1).

En todos estos casos no pueden considerarse los órganos legislativos de que se trata, ni como comunales ni como órganos del Estado. El proceso legislativo es un proceso estatista, y to-

(1) Sobre el carácter de Alsacia-Lorena como territorio, véanse las detalladas observaciones que he hecho en *Staatsfragmenten*, pág. 31 y sigs., y de acuerdo conmigo G. Meyer, *Staatsrecht.*, pág. 204, N. 7. Laband, II, pág. 203, considera que la concepción de Alsacia-Lorena como un fragmento de Estado puede valer como un concepto político, pero no para la dogmática del Derecho Político; y, sin embargo, sólo esta doctrina es capaz de evitar el que se encierre la constitución del imperio bajo conceptos que no pueden explicar su naturaleza jurídica sin violencia. Rosenberg, *Hirths Annalen*, 1903, pág. 904 y siguientes, está de acuerdo esencialmente conmigo. [Con posterioridad, en Junio de 1911, se ha publicado la ley constitucional de Alsacia-Lorena dada por el imperio, ley que cambia la situación política de Alsacia-Lorena en el imperio y su organización interior. El texto puede hallarse en la *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, número de Julio-Agosto-Septiembre 1911.—N. del T.]

dos los órganos que colaboran en él son órganos del Estado (1). Las leyes de una región no se pueden comparar con los estatutos locales de un municipio, puesto que aquellos proceden del poder del Estado. Los Parlamentos de estos territorios participan, como órganos del Estado, en el proceso de la legislación del territorio mismo (2). No son órganos directos del Estado, sino que pertenecen á la región. La dieta de Bohemia no es órgano del Estado austriaco, sino de Bohemia. Los Parlamentos de las regiones son, por tanto, órganos de igual valor que los órganos del Estado, pero no son órganos del Estado mismo, sino de la región; son, pues, miembros de una organización estatista rudimentaria (3) de la región de que se trata.

A estos órganos legislativos pueden añadirse otros; por ejemplo, puede existir un gobierno particular, un organismo particular de autoridad y una constitución especial de los tribunales de justicia. Que tales órganos son órganos del Estado y no de una asociación municipal, resulta evidente, puesto que se ocupan de asuntos que inmediatamente competen al Estado. Pero

(1) Este principio es hoy *communis opinio*. El carácter de los Parlamentos particulares no ha sido hasta ahora objeto de una investigación fundamental.

(2) Si se niega esto, no puede menos de llegarse, para ser consecuente, á la opinión de Mischler, *Osterreichisches Staatswörterbuch*, II, pág. 582, según el cual los diversos Parlamentos del reino austriaco ejercitan la autonomía legislativa, al mismo tiempo que participan en la legislación del Estado; que las leyes de las diversas regiones austriacas sean leyes del Estado, nadie lo pone en duda. (Véanse observaciones más amplias en *Staatsfragmente*, pág. 28 y sig.)

(3) Por esto la aplicación del concepto de órgano del Estado á tales órganos de la región (*Land*) está completamente justificada, y no tiene fundamento la objeción de Rosenberg, en *Hirths Annalen*, 1903, pág. 492, de que órganos del Estado sólo éste puede tenerlos.

no son órganos del Estado total, pues sus funciones, á causa del fundamento y situación que les asigna la Constitución, no caen dentro de su competencia. La característica de estos órganos de región radica en que todo *imperium*, ejercitado como tal por la región, supone la actividad común de órganos del mismo y del poder del Estado soberano. Las leyes de la región son sancionadas por el poder del Estado, y las autoridades de aquél son establecidas por el Estado ó en su nombre. Lo peculiar de una región dotada de órganos propios, es que en ella son necesarios dos géneros de órganos públicos que proveen á las funciones del Estado, en tanto que las funciones del municipio pueden ser atendidas exclusivamente por órganos municipales y las del Estado por órganos de éste. En la región no cabe nunca que los órganos se pongan en actividad sin el concurso de los del Estado, mientras que éstos sólo en casos determinados han menester de la colaboración de aquéllos (1). Así, las colonias británicas inglesas tienen un gabinete responsable tan sólo ante las cámaras legislativas de las colonias, tri-

(1) Rehm, pág. 170, no encuentra en las colonias británicas, á pesar de la organización independiente de éstas, nada que les separe del tipo de una provincia. Sin embargo, el poder del Estado inglés y el de sus colonias está en la misma relación que el poder del imperio y el de los territorios protegidos, con la diferencia de que los derechos del poder central inglés son más limitados que los que corresponden al imperio. ¿Por qué, pues, en un caso acepta que existe Estado y en el otro no? Si el Camerón es un Estado, también habrá de serlo el Canadá; y por el contrario, si al Canadá y á la actual federación de Australia se les da el carácter de provincias, los territorios protegidos alemanes y dependientes no pueden ser designados con igual calificativo. Pero si se estatuye en tales casos una distinción tan diametralmente opuesta de la realidad política, podríamos preguntarnos de nuevo para qué sirve la jurisprudencia, si tiene algún valor práctico ó sólo significa un juego de conceptos.

bunales de justicia propios, ejército propio y propia marina de guerra (1).

Tales países tienen siempre Constituciones particulares, que les son dadas por los Estados dominantes. En muchos casos toda modificación en la Constitución del país sólo es posible mediante la conformidad del órgano legislativo del mismo.

3. La desorganización de un Estado puede ser tanta, que se llegue á dudar si sus miembros tienen jurídicamente un carácter estatista. Este es el estado actual de las cosas para la Croacia eslava en Hungría y la Finlandia en el Estado ruso (2). Croacia no sólo tiene Parlamento propio, que colabora en la legislación de la región, sino gobierno propio, á cuyo frente está el *Banus*, responsable ante el Parlamento; tiene sus tribunales propios, independientes de los de Hungría, que juzgan según leyes croatas. La regulación de sus relaciones con Hungría y de los asuntos comunes de todos los países de la corona de San Esteban, son objeto de una doble ley húngara y croata, que concuerdan en el contenido y exigen que toda modificación en las relaciones del Derecho Público de Croacia, con respecto á Hungría, necesite el consentimiento del Parlamento croata. Al gran principado de Finlandia, cedido por Suecia á Rusia en virtud de la paz de Fredrikshamn del 17 de Septiembre de 1809, le ha sido concedido mediante el libre acuerdo del emperador Ale-

(1) Sobre la organización provincial peculiar del Canadá, véase Munzo, *The Constitution of Canada*, 1889, cap. IV. Sobre la nueva constitución australiana, véase especialmente la obra citada de W. H. Moore. Sobre esta Constitución ha influido especialmente la americana. Literariamente han influido sobre América la obra de Bryce y la de Burges, muy influida á su vez por la ciencia alemana. Esta obra la hubimos de citar ya en el tomo primero, pág. 83, nota. Véase Moore, pág. 64 y 65.

(2) Véanse más detalles sobre Croacia y Finlandia, en *Staatsfragmenten*, pág. 35 y sigs.

jandro I, y á pesar de su incorporación al imperio ruso, la más amplia autonomía. La antigua Constitución de este país, que data de la época en que era una parte integrante del Estado sueco, recibió la confirmación del emperador, así como el título que hasta ahora ha gozado de gran principado de Finlandia. En virtud de su Constitución, Finlandia tiene territorio propio, súbditos propios, que no son al mismo tiempo súbditos del Estado ruso. Toda la administración es enteramente finlandesa, á excepción de los asuntos exteriores y cuestiones militares, que le son comunes á Rusia. Croacia y Finlandia, por próximas que se encuentren en su estructura á la de un Estado, no son tales Estados, porque sus más altos órganos, los monarcas, se identifican con los de los Estados que los dominan. Sus Constituciones son una parte de la Constitución general del Estado á que pertenecen, y, por tanto, están protegidos contra una modificación ordinaria. Hacer otra cosa equivaldría á una violación de la Constitución (1).

(1) En la abundante literatura internacional que ha nacido con motivo de la opresión de Finlandia por Rusia, han sido muy atacadas y discutidas mis observaciones y afirmaciones sobre este asunto. Así, por ejemplo, Delpech, *La question finlandaise, Revue générale de droit international public*, 1899, página 564 y sigs.; Despagnet, *La question finlandaise*, París, 1901, pág. 69 y sigs.; Michonel y Lapradelli, *La question finlandaise*, París, 1901, pág. 73 y sigs.; Getz, procurador general del Estado de Noruega, *Das staatsrechtliche Verhältnis zwischen Finnland und Russland*, 1900, pág. 35 y sigs. El fin manifiesto de estos escritos, así como de otros (véase la literatura citada por mí en *Staatsfragmenten*), es fundar el derecho de Finlandia contra Rusia en el carácter estatista de aquélla. Pero ninguna de estas obras responde á una cuestión que ofrece la situación del emperador de Rusia, y es: ¿qué principio jurídico prohíbe al zar de Rusia someter al principado de Finlandia—separado políticamente de Rusia—al que no puede declarar la guerra por el

4. El nombre que conviene para todas estas formaciones es el de región (*Land*), tanto más cuanto que es usado á menudo en el lenguaje oficial de los Estados de que tratamos. Se puede definir *Land* (en cuanto fragmento de un Estado) como aquella parte de un Estado que, frente á éste, posee elementos estatistas independientes (territorio, pueblo, órganos de Estado), y se diferencia, á causa de ello, de lo que es meramente parte ó miembro de un Estado (por ejemplo, asociaciones municipales); pero carece de un poder estatista independiente que descansa en su propia voluntad. Atendiendo á la importancia jurídica y política con relación al Estado dominante, hay que distinguir dos formas principales de regiones.

La primera es la de *regiones anexionadas*, las cuales tienen una existencia política separada, en cuanto no toman parte alguna en la vida del Estado dominante. Este es el caso de todos los territorios protegidos y colonias á las que no se les reconoce participación alguna en la representación particular del Estado en general, y cuya administración está separada de la del Estado, al punto de que no parece parte integrante de éste, sino

medio coactivo que él considere, según el arbitrio de su autoridad soberana, que exigen los intereses del imperio ruso? Si Finlandia es un Estado, entonces éste tiene que estar jurídicamente protegido contra las acciones de violación constitucional del monarca finlandés, y de ningún modo contra los ataques de Rusia, la cual, conforme al amplio círculo de acción que el Derecho Internacional deja á la política, está facultada en determinadas circunstancias para destruir la existencia misma de un Estado unido á ella de un modo permanente. Según la opinión que he mantenido, una conducta semejante por parte de Rusia habría de ser considerada como violación anticonstitucional. Sea esto expresamente afirmado, pues en los círculos oficiales rusos se ha invocado, con harto dolor mío, mis puntos de vista para justificar el sometimiento anticonstitucional de Finlandia.

simple anexo, por lo cual se puede separar de él, de nuevo completamente, sin afectar á la vida interior del mismo.

La otra forma es la de la región como miembro integrante del Estado. En este caso está más ó menos inserta en éste, y forma, en lo que respecta á los asuntos peculiares del mismo, una provincia, cuya participación en la vida del Estado es la que corresponde á éstas. La región en esta forma puede ser también el fundamento de todo el Estado, cuando este mismo no sea sino una pluralidad de ellas. Así el Canadá se compone de provincias, que es la designación oficial, dotadas de constitución propia, conforme á la cual tienen Parlamento independiente, y al frente de la administración se encuentra un gobernador, nombrado por el gobernador general del Canadá, y un gabinete nombrado por aquél y responsable ante las legislaturas de las provincias. Estas provincias se encuentran, respecto al Canadá, en la misma situación que éste con la Gran Bretaña. Son *regiones* de segundo grado. Canadá es, por su origen, organización y descentralización, enteramente como un Estado federal. Es una región federal común, nacida de la federación de regiones. Aún más peculiar es la organización análoga á la de región federal existente en el *Commonwealth* de Australia, donde los miembros de la unión llevan además el nombre de *State* (1).

El fundamento de la organización del Estado en Austria es la región (*Land*), y en el lenguaje oficial se la describe como Estado formado por regiones y reinos representados en el *Reichsrat*. Austria ha nacido de la unión de sus territorios mediante la persona del monarca. Por la reforma administrativa de María Teresa, los poderes superiores, independientes hasta

(1) Moore, ob. cit., pág. 65 y sigs., hace notar con acierto que las expresiones *Commonwealth* y *State* no están usadas en la constitución australiana con un sentido científico claro.

entonces en un sentido jurídico de los países hereditarios alemanes y bohemios, se fundieron en una unidad, y estos territorios no fueron sino *regiones*. Este carácter lo han conservado á través de todos los cambios de la vida constitucional austriaca, desde el año 1860, de suerte que Austria, considerada en la evolución de su Derecho Público, parece un Estado formado por regiones (*Länderstaats*), una especie de federación, que sólo será comprensible para el Derecho Político si se estudia la forma hasta ahora desconocida de la región (*Land*).

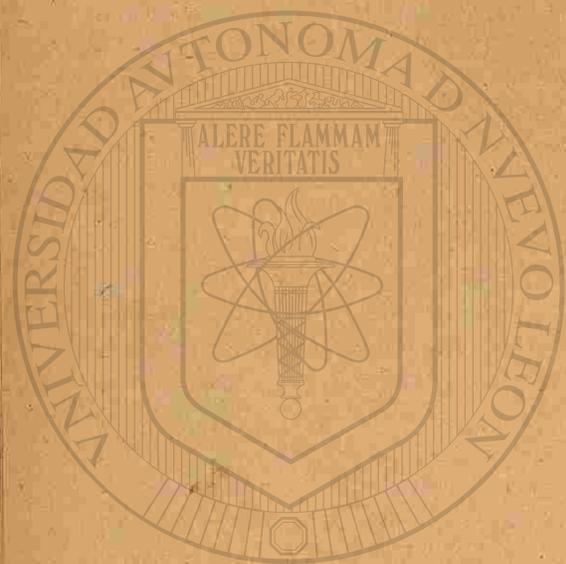
5. Según que existan ó no órganos particulares en la región, divídense éstas en desorganizadas y organizadas. Las segundas pasan por varios estadios, conforme al carácter de su constitución; ó bien las modificaciones de éstas son sustraídas á toda participación del Parlamento, ó toma éste una parte pequeña ó grande en aquélla, ó puede suceder que toda modificación constitucional dependa del consentimiento de la representación parlamentaria de la región, como acontece en Croacia y Finlandia. Las regiones pueden, pues, estar mucho más protegidas en el círculo de su competencia contra los ataques de la legislación del Estado dominante que los Estados miembros en el Estado federal.

Atendiendo á las relaciones exteriores, desaparece la peculiaridad de los elementos estatistas de la región, pues no podrían alcanzar existencia dentro del Derecho Internacional. Todos sus elementos valen, pues, exteriormente no más que como propios del Estado. En esto se encontrará también una distinción esencial entre región y Estado dependiente, el cual puede tener una personalidad internacional limitada.

Región indica el límite extremo á que puede llegar la descentralización de un Estado sin destruir el carácter de la unidad de éste. Aun cuando tal unidad no sea perfecta, nunca puede suprimirse completamente el carácter del Estado. Los conceptos jurídicos son rígidos y la vida es fluente. Los lí-

mites necesitan, por tanto, ser mostrados á través de las transiciones.

Políticamente, región significa, en general, un elemento de un Estado imperfecto ó de la desorganización de éste. Las regiones anexionadas pueden ser separadas de la metrópoli sin que la vida interna de ésta sea afectada. Pero el Estado que posee regiones como partes integrantes de él, está falto de una unidad política. Á menudo existe entre los miembros un impulso centrífugo á una mayor independencia, y entonces la permanencia de esta forma del Estado se hace tan precaria como la de la mayor parte de las uniones entre Estados. La existencia de regiones descansa, en general, en las mismas causas que la mayor parte de las confederaciones, á saber: en la imposibilidad nacional, histórica y social para fundir en una unidad masas populares que están muy separadas. Á la acción centrífuga corresponde por parte del Estado frecuentemente una tendencia centralizadora, y de aquí nacen las luchas internas, tan largas á veces. La descentralización por regiones se diferencia políticamente de la descentralización mediante la autonomía administrativa, en que ésta es una forma normal y anormal aquélla que tiende, ó á nuevas formaciones de Estados, ó á una centralización más fuerte, que conduce á desposeer á las regiones constitucionalmente de su carácter peculiar.



## CAPÍTULO VEINTE

### Las formas del Estado.

#### I. División de las formas del Estado.

La determinación de las formas del Estado y de los géneros de éste, es uno de los problemas más antiguos de la ciencia política. La teoría de las formas del Estado desempeña un gran papel en Platón y en Aristóteles. Aquél considera los Estados según que concuerden con el ideal ó se desvíen más ó menos de la naturaleza de éste. Aristóteles ve en la forma la esencia de las cosas, y trata, por tanto, de fijar el principio determinante de las formas del Estado. Bajo el ascendiente enorme de Aristóteles, especialmente, se ha seguido tratando, hasta llegar á la época contemporánea, la doctrina de la división del Estado, doctrina que nos enseña á comprender la vida y suerte de éste partiendo de un centro inestable.

Con el desarrollo de las modernas ciencias políticas, las cuales descansan en una base mucho más amplia que las antiguas, multiplicanse los esfuerzos por superar las categorías de la teoría aristotélica del Estado, para la que sólo existen tres formas normales. En la realidad son posibles infinidad de divisiones, teniendo en cuenta las innumerables peculiaridades que puede ofrecer el examen de los Estados y según el punto de vista bajo el que se les examine. Así, por ejemplo, las singularidades del territorio pueden servir de fundamento á muy varias divisiones, y lo mismo la situación respecto al mar, el clima, las propiedades del suelo, la extensión territorial, las fron-

teras del país, etc. Las peculiaridades sociales, nacionales y religiosas de la población, brindan á su vez una variedad casi incontable de fundamentos para hacer divisiones, y otro tanto acontece con las distintas relaciones económicas que forman la base de la sociedad y los fenómenos cambiantes del Estado en su sucesión histórica (1).

(1) Apenas si sería posible enumerar meramente los intentos que se han hecho para clasificar las formas del Estado. Parte de la antigua literatura ha sido citada por H. A. Zachariae, obra cit., I, pág. 74 y sigs.; Mohl, *Enzyklopädie*, pág. 109 y sigs., y Waitz, ob. cit., pág. 107 y sigs. Para la historia de la teoría de las formas del Estado, véase, entre la literatura moderna, von Martiz, *Die Monarchie als Staatsform*, 1903, pág. 10 y sigs. Algunos ejemplos darán una idea del subjetivismo y confusión que reina en esta materia: despotismo, teocracia, Estado de derecho (*Welcker*); repúblicas, autocracias, despotismo (*Heeren*); Estados orgánicos y mecánicos; y entre los primeros, Estados nómadas y agrícolas; entre los últimos, jerarquías é ideocracias, regímenes militaristas, plutocracias (*Leo*); Estados idólatras, individualistas, de razas, formales (*Rohmer*); particulares, patrimoniales, Estado antiguo, Estado de Derecho de la época moderna (*Mohl*); soberanía de uno, que se divide en monarquías y repúblicas monocráticas y pleonocráticas, incluyendo como una subdivisión las pleonarquías y repúblicas pleonocráticas (*Gaetis*). En el libro de Schwarcz, *Elemente der Politik*, pág. 79 y sigs., se hallarán infinidad de divisiones de la literatura moderna, según las distintas direcciones: aristocracias, timocracias, democracias puras, democracias de cultura y formas mixtas; dominaciones hereditarias y Estados libres; Estado policía y Estado de derecho; Estados centralizados y Estados organizados tomando por base el *self-government*; Estados que descansan sobre la autonomía provincial y municipal, y formas mixtas; Estados con una sola lengua, con varias; territoriales, nacionales y de nacionalidades; Estados homodoxas y polidoxas, é infinidad de otras subdivisiones. R. Schmit, I, pág. 263 y siguientes, quiere dividir la cuestión de las formas del Estado

Todas estas divisiones ponen de manifiesto un elemento que no deja de ser importante para el Estado, pero que no puede ser decisivo, porque el elemento peculiar á aquél y que le distingue de todas las demás formaciones sociales, el poder, no se tiene aquí en cuenta. Por eso, las divisiones de que nos hemos ocupado no son suficientes á constituir una clasificación científica; forman, más bien, eslabones que, ó no dicen nada acerca de la vida del Estado como tal, respecto de la formación de la voluntad y de las relaciones conforme á sus miembros, ó nos dicen muy poco. Si divido, por ejemplo, los Estados en Estados agrícolas, comerciales é industriales, nada llego á saber con este encasillamiento de la estructura de estos grupos estatistas, esto es, de lo que hace al Estado tal Estado. Es como si dividiésemos los mamíferos por su tamaño, color, utilidad y signos análogos, caracteres que existen realmente, pero que no forman el signo distintivo de cada uno de los géneros de esta clase de animales. Todas aquellas divisiones además, son unilaterales y arbitrarias, como en general cuantas clasificaciones parten de elementos accesorios ó de fenómenos que acompañan de una manera circunstancial á un género de objetos.

A todas estas clasificaciones les falta lo que debe ser su fin, á saber: una profunda visión científica para poder someter los Estados á grupos. El Estado, como todo lo humano, es complicado en su expresión fenoménica concreta, á tal punto, que en vano nos esforzaremos por apresarlos en pobres fórmulas y por

en otras, consistentes en saber quién es en el Estado el que ejerce la función legislativa, quién la de gobierno y quién fiscaliza á éste, y según las respuestas, así distingue él formas de gobierno y formas constitucionales. Bajo esta etiqueta se ocultan, en la primera la antigua triada, y en la segunda la oposición entre el Estado absoluto y el constitucional.

tratar de explicar la plenitud de su existencia con una palabra. Tampoco es posible comprender á los hombres en categorías generales, como la de sexo, edad, etc. Quien quiera asir al individuo con estas fórmulas, se encontrará con que se trata de algo independiente que la rebasa y que jamás se deja coger por entero. Otro tanto ocurre con las individualidades de los Estados; además, cada Estado concreto se encuentra condicionado por su historia, y, por tanto, de ninguno de los rasgos de su territorio y pueblo podría deducirse una división profunda y general. El Estado comercial antiguo y el moderno, por ejemplo, son, á causa de la distinción entre el comercio antiguo y el de hoy, diferentes uno de otro, y el tratar de reunir Atenas é Inglaterra bajo un concepto general común, no amplía en nada nuestro conocimiento del Estado comercial. La inclusión de ambos Estados en la misma categoría se hace en tales casos no en virtud de una identidad, sino en virtud de una nota de analogía; pero las divisiones que descansan en analogías tienen un valor escaso, relativo (1).

(1) Con aquellas categorías que no se proponen una división sistemática y completa, lo único que se pretende es determinar el punto de vista según el cual debe ser considerado científicamente un tipo determinado de Estados. Así, si se habla del Estado antiguo, nos referimos tan sólo á las divisiones peculiares de la antigua Roma, sin que se piense en un principio de clasificación aplicable á todos los Estados posibles. Si el historiador pinta el Estado feudal, él tiene presente tan sólo la estructura y el proceso vital de aquellos Estados que están dominados por el régimen feudal. Esta pluralidad de categorías no puede evitarse, y aun es ventajosa para los distintos fines que se pueden perseguir al considerar los Estados, á condición de que estos fines científicos, prácticos, con los que formamos tipos relativos, no los queramos convertir en principios absolutos de división de las ciencias del Estado en general, con que al-

Es preciso, pues, renunciar á una división que nos dé á conocer, mediante notas generales y con un carácter de seguridad, el proceso general de la vida del Estado. Pero los Estados nos ofrecen en sus fenómenos históricos tipos permanentes. Hay en los Estados relaciones constantes, que perduran á través de todo cambio de sus peculiaridades; tales son las relaciones formales de voluntad sobre que descansa el poder del Estado, y sus relaciones con los miembros de éste. Por muy grande que pueda ser la diferencia entre la monarquía egipcia y la Roma imperial, y entre ésta y la Francia de Luis XIV y la Rusia actual, el hecho de que una voluntad física represente en todos estos Estados la voluntad común de los mismos, está expresado en esta variedad de Estados, no de un modo análogo, sino igual. El criterio común á todas las divisiones, para penetrar en la esencia del Estado sólo podemos hallarlo en el fundamento de las relaciones constantes de voluntad que alcanzan en él su expresión. Estas relaciones fundamentales de voluntad son, pues, la base de la Constitución del Estado, y la división científica de los mismos es aquella que se hace según las formas que ofrece tal Constitución.

Una de las ideas más geniales de la ciencia antigua del Estado fué el pensar que las formas de éste se identifican con las formas de la Constitución. Hay cosas que siempre cambian en el Estado; pero hay ciertas relaciones abstractas de voluntad cuyo cambio apenas si es perceptible por los límites mismos en que tiene lugar. Y estas relaciones son como el andamiaje firme mediante el que se ordenan los mil elementos variables de cada Estado.

Pero ¿cuál es el principio supremo para dividir las Constitu-

canzar una visión profunda de la naturaleza general del Estado.

ciones? La ciencia antigua partió para lograrlo del número de las personas directoras y de las cualidades éticas y sociales de éstas, con lo cual se introdujo precisamente un elemento indistinto y difícil de determinar en el principio de división, que en casos concretos puede dificultar la posibilidad de la aplicación.

Los elementos que con seguridad científica son susceptibles de conocer, en todas circunstancias, de las relaciones de voluntad expresadas en la Constitución, son los elementos formales, los cuales han de hallar su expresión, en virtud de la necesidad jurídica, en la vida del Estado. Estos elementos formales están libres de toda peculiaridad concreta; por esto sólo es posible una división científica, satisfactoria, de las formas del Estado como división jurídica. La cuestión de las formas del Estado se identifica, pues, con la de la distinción jurídica de las Constituciones (1).

(1) El que considere la vida real histórica del Estado, reconocerá frente á la forma jurídica una forma política, la cual, como todo lo que no es jurídico en el Estado, es imprecisa é indeterminada. Como depende de las relaciones concretas, siempre cambiantes, del Estado, cambia ella también de continuo, y es de poca utilidad el tratar de encerrar este momento del Estado dentro de categorías firmes. Políticamente, Atenas, en la época de Pericles, estaba dominada por un solo hombre, y Rusia, bajo Pablo I, estuvo durante algún tiempo bajo el dominio del ayuda de cámara del emperador. Otras monarquías han sido gobernadas durante algún tiempo por las amantes ó los confesores del rey. Estados con un poder monárquico muy fuerte han tenido gobiernos parlamentarios pasajeros. Tales hechos son de gran importancia para la consideración histórica, social y política de los Estados particulares; pero para el Derecho sólo pueden tener valor en cuanto expresan una oposición permanente entre el titular del poder político y el del jurídico en la vida del Estado. Véase sobre esto las exactas apreciaciones de Piloty, *Autorität und Staatsgewalt*, en el *Fahrbuch des internat. Verhältnig für vergl. Rechtswissenschaft*, VI, 1903, pág. 553 y sig.

El principio de distinción jurídica no puede ser otro que el del modo de la formación de la voluntad del Estado. Dos posibilidades jurídicas se dan aquí: ó la voluntad suprema que pone en movimiento el Estado se forma según la Constitución, mediante un proceso psicológico, esto es, natural, ó por un proceso jurídico, esto es, artificial. En el primer caso tiene lugar la formación de la voluntad dentro de una persona física, y la voluntad del Estado, así formada, aparece al propio tiempo como voluntad física de una determinada individualidad. En el otro caso la voluntad del Estado se forma mediante un procedimiento jurídico, con las acciones voluntarias de una pluralidad de personas físicas, de modo que no se aparece como la voluntad de una persona visible, esto es, de una determinada individualidad, sino como la voluntad de un *collegium*, es decir, como una voluntad que sólo tiene carácter jurídico. Las voluntades físicas y jurídicas nacen de la aplicación de principios de Derecho mediante un procedimiento constitucional previamente determinado. Estas son las dos únicas posibilidades para una división suprema del Estado.

Las consideraciones anteriores no fueron desconocidas de la antigua teoría del Estado (1), y de nuevo ha aparecido con los fundadores de la política moderna. Desde que Machiavelo opuso á la dominación del príncipe la de la república, la antigua doctrina griega de la triada, monarquía, aristocracia y democracia, y sus formas degeneradas, aunque no fué suplantada por la

(1) Ya Aristóteles opone la monarquía á los Estados no monárquicos. (Véase Rehm, *Geschichte*, pág. 104, nota 8.) La oposición entre βασιλικόν y πολιτικόν, de una parte, é imperium y res publica, de otra, ha conducido á la expresión república, usada por vez primera por Machiavelo para indicar exclusivamente los Estados no monárquicos, y posteriormente ha conservado en los demás idiomas este sentido estricto.

oposición entre monarquía y república, llegó á ser suplantada por esta división dual que es el fundamento de las demás teorías de las formas del Estado. A estas dos formas fundamentales se añaden por otros escritores otras, que ni unidas ni separadas logran ser reconocidas de un modo general. Mediante la subdivisión de los tipos se obtienen tipos independientes, ó elementos sociales, que se subrayan para alcanzar, junto á las relaciones formales de voluntad, únicas que se pueden fijar con certeza, otros principios de división que dan lugar á un gran número de formas de Estado.

Montesquieu, por ejemplo, ha considerado el despotismo como una forma particular de Estado siendo así que sólo se trata de una manera de ejercer el gobierno monárquico. Es una variedad de la monarquía, que implica, ó una desaprobación del ejercicio de la soberanía por los súbditos (tiranía), ó, si corresponde á la convicción popular sobre la forma normal de gobierno, un juicio, que toma como medida ideal otra manera de ejercer la soberanía, y es, como hemos dicho en otro lugar, un puro tipo escolástico, al cual no corresponde completamente en la realidad de un modo permanente ningún Estado. En los tiempos modernos se ha considerado por algunos como un tipo peculiar de Estado, la teocracia; mas en verdad, la idea teocrática no es otra cosa que una concepción del origen del poder del Estado y de la sanción de sus prescripciones, la cual puede entrar dentro de una variedad de formas de Estado, de la que nacen efectos sociales muy varios, pero no es un principio firme y claro sobre la estructura del Estado y los efectos de su poder. La teocracia es, por tanto, una categoría social no jurídica, que puede ser utilizada para una diferenciación posterior de los dos grandes tipos de Estado, pues en todos los que se distinguen como teocracias, la voluntad, considerada como emanación de la divinidad, es á su vez, ó voluntad de un individuo, ó de una pluralidad de éstos.

La oposición entre monarquía y república aparece ya en los tiempos más remotos de la vida del Estado. Históricamente se trata de los dos tipos fundamentales y originarios de Estados: la horda, que hubo de preceder al Estado territorial, está organizada bajo las auspicios de un caudillo ó corporativamente; esto es, ó bien conduce y decide una voluntad superior á las demás, ó la de la comunidad de los miembros de la horda iguales en facultad.

La división del Estado en monarquía y república es la división suprema. Pero ambas pueden ser subdivididas, y de este modo se pueden lograr todas las distinciones posibles en la organización del Estado. Así, pues, la existencia, la falta y el modo de la representación popular, la organización y ejercicio del gobierno, las relaciones de éste con los demás órganos del Estado (1), la centralización ó descentralización, la situación de los

(1) Rehm, *Staatslehre*, pág. 180 y sigs., ofrece como fundamental la distinción entre formas constitucionales y de gobierno, la cual había sido ya indicada por Bodino. Pero este principio de división es tan decisivo ó tan poco decisivo como los demás para nuestra determinación de las formas del Estado. El modo como Rehm enlaza la oposición entre formas de gobierno y la de titulares y agentes del poder del Estado, depende, y es tan caduco, como esta distinción insostenible, distinción que no se puede conciliar con la idea de la representación tal como especialmente se realiza en las modernas repúblicas democráticas, el lenguaje de cuyas cartas constitucionales es aún el nacido de aquellas teorías inexactas del Derecho Político, con su cortejo de delegaciones del poder á los representantes. En las monarquías como Bélgica y Rumanía se llega, según Rehm, al resultado de que por su constitución son repúblicas, con lo cual la doctrina de monarquías y repúblicas resulta de una confusión inextricable á veces si se toma también en consideración la situación internacional del jefe del Estado. La monarquía parlamentaria es designada á menudo políticamente como una especie de república; pero justamente esto nos muestra la importancia de la distinción entre un orden de consideraciones político y jurídico.

Tribunales con relación á la vida legislativa, el sistema militar, etcétera, todas estas divisiones son puntos de vista que se cruzan de muy distintos modos, de suerte que cada Estado concreto puede caer dentro de una serie de categorías, sin que todas reunidas sean capaces de determinar con exactitud cuál es su esencia en todas las direcciones. Así, pues, un esquematismo llevado muy lejos no tiene utilidad alguna, y es una escolástica muerta. Tanto más especiales son los tipos, tanto más estrechos son los conceptos con que se les debe describir y mayores las excepciones que admite el tipo, las que, ó conducen á formar otros nuevos, ó á establecer formas mixtas. Las mismas formas puras son imperfectas, y por tanto incapaces de dominar la realidad. No existe, por lo común, en la naturaleza nada análogo á los tipos mixtos. Los tipos mixtos, en los pocos casos en que existen en el mundo orgánico, resultan infecundos, y otro tanto ocurre en la doctrina del Estado. Dada la imperfección de nuestro conocimiento en este orden de cosas, tal vez no pueda evitarse completamente la admisión de tales categorías mixtas, mas es indispensable tener presente que jamás nos dan éstas un conocimiento real, sino que indican tan sólo la pobreza de nuestros conceptos.

Si, pues, en lo que sigue hemos de dividir los géneros principales de las formas del Estado en especies, esto no debe conducirnos á un esquematismo escolástico detallado y vacío, sino que deben ser tan sólo señalados aquellos géneros que han advenido históricamente más ricos en enseñanzas por su oposición con la realidad, ó aquellos que ejercen aún hoy un influjo mayor. La necesidad práctica de comprender la realidad, la cual, por lo demás, jamás se deja aprehender por completo, y no la necesidad de una sistemática lógica sin defectos, que jamás es posible alcanzar en el mundo de los fenómenos, es lo que nos ha de guiar.

## II. La monarquía.

### 1.—Naturaleza de la monarquía.

[La monarquía es el Estado dirigido por una voluntad física (1). La nueva doctrina considera como esencial al monarca el que éste tenga un derecho propio, originario, no derivado, á la soberanía. Como ya hemos visto, esta idea no corresponde á la concepción del Estado como una unidad, sino que nace de una concepción dualista que sólo de una manera imperfecta permite abrazar el Derecho Público. Es de naturaleza de Derecho Privado, en cuanto pone al monarca fuera del Estado y, por tanto, fuera de una relación jurídica con el mismo. Así, pues, sólo puede conciliarse con una concepción teocrática ó patrimonial del Estado. Hay Estados en los que una concepción tal del monarca es la que resulta de las relaciones reales y de las ideas existentes; pero estas formaciones históricas no han logrado transmitir su peculiar concepción del derecho monárquico á todos los tipos de monarquía; más bien la grande importancia de la monarquía radica en su capacidad para adaptarse á las circunstancias sociales más distintas. De aquí proviene el ascendiente que habrá de tener aún durante largo tiempo, y habréis sido, por el contrario, muy puesta en crisis si hubiera perma-

(1) Un punto de vista distinto puede verse en Bernatzik, *Republik u. Monarchie*. Véase además mis observaciones acerca de esto en la pág. 123 de este volumen. Bruno Schmidt, página 117 y sigs., rechaza la oposición entre monarquía y república, porque mezcla, al considerar la monarquía, puntos de vista políticos. Véanse también las observaciones de Rehm, *Staatslehre*, pág. 182, nota 3.

necido encadenada á los fenómenos que pertenecen al pasado. Para comprender mejor la naturaleza de la monarquía moderna, se han de considerar, ante todo, los tipos históricos fundamentales en lo que respecta á la relación del monarca con el Estado. Dos tipos esenciales habrán de distinguirse: ó el monarca está sobre y fuera del Estado, ó dentro del mismo. El primero se divide en dos especies: ó el monarca se considera exclusivamente como una autoridad superior, ó como propietario del Estado; de aquí resultan las tres concepciones siguientes:

a). *El monarca considerado como Dios ó como representante de la divinidad.*—Así se concibe el monarca en todas las monarquías teocráticas ó de rasgos teocráticos. Esto es: se le concibe como Dios, como representante de la divinidad, ó como consagrado por ella. La divinización del monarca aparece en la historia de muy diversas maneras, y se nos ofrece en los grados más bajos de cultura. Es una condición de la naturaleza humana divinizar lo poderoso, lo sublime, lo fuerte, así como también es muy humano el impulso de conservación de poder en el soberano para cimentar sobre tales bases psicológicas la institución monárquica. La mayor parte de los antiguos Estados de Oriente muestran este tipo de dominación, y de aquí vino á Occidente, donde sólo rasgos débiles pueden encontrarse, aun remontándose á los recuerdos más antiguos de los pueblos clásicos. Esta concepción oriental, que ya se revela en los tiempos de Alejandro Magno, aparece en las ideas dominantes de los círculos oficiales de los romanos desde la época de Diocleciano, después de haber manifestado sus efectos indudables en la época del principado. En la Edad Media la dignidad imperial fué considerada como institución divina. Las ideas judaicas brindaron la doctrina de la unción, que significa la exaltación del rey por un poder supremo que procedía directamente de Dios. El Sacro fué considerado por los

franceses como un sacramento de la Iglesia (1). La concepción del rey como representante de Dios, ha sobrevivido hasta los tiempos actuales en la idea moderna de rey por la gracia de Dios. Una modalidad particular del tipo á que nos referimos es la monarquía patriarcal, la cual rodea al soberano de atributos divinos, ó al menos le hace objeto de una consagración divina. Tal concepción sólo puede comprenderse completamente en vista de la conciencia religiosa del pueblo en que se encuentra realizada.

Partiendo de los supuestos psicológicos de este tipo, no puede ser nunca considerado el monarca jurídicamente como miembro del Estado, sino que necesariamente ha de estar fuera de él, y no podrá alcanzar jamás, con relación al monarca, subjetividad jurídica. Tampoco se puede considerar al Estado, partiendo de esta concepción, como comunidad, pues no hay un derecho del individuo frente al monarca. Sin embargo, la segunda forma de organización teocrática implica una moderación del poder monárquico, del propio modo que la moderna realeza de *iure divino* necesita reconocer limitaciones ético-religiosas á su poder, aun cuando declare que no es responsable de la observancia de su autoridad ante ningún poder terrestre (2).

b). *El monarca como propietario del Estado.*—Este tipo ha

(1) «L'église en oignant et en habillant le roi, le fait membre de l'Eglise elle-même. Elle crée pour lui un huitième sacrement: le sacre.» Rambaud, *Histoire de la civilisation française*, 5.<sup>a</sup> ed., I, 1893, pág. 167.

(2) Luis XIV: «Celui qui a donné des rois aux hommes a voulu qu'on les respectât comme ses lieutenants, se réservant à lui seul d'examiner leur conduite; sa volonté est que quiconque est né sujet obéisse sans discernement». *Oeuvres*, 1806, II, página 336.

sido objeto, como el anterior, de un desarrollo mayor ó menor. De igual suerte que el tipo anterior, impide el conocimiento de la naturaleza de comunidad, propia del Estado. En su expresión más acentuada, aparecen los hombres y sus bienes respecto del monarca, como objetos sobre los que recae el poder de dominación de éste, y sólo en cuanto la voluntad del soberano lo permite, puede gozar el individuo de una subjetividad jurídica, precaria, por tanto, que nunca puede hacer valer contra el monarca. Este tipo acentuado aparece en Oriente íntimamente unido con el anterior. En Occidente se introduce en la última época del imperio romano: el *princeps* adviene aquí *dominus*, propietario del Estado (1). El nuevo tipo se muestra en Europa bajo una forma debilitada, pues reconoce al individuo la personalidad; aparece especialmente en la Edad Media germánica. El rey es, en esta época, en todas partes, señor de la tierra; idea que se ha conservado en el Derecho Público inglés hasta la edad contemporánea. Esta propiedad es tan sólo dominio eminente, en tanto que los individuos y las asociaciones gozan del dominio útil. Con esta idea va unida la del rey como señor feudal supremo. Ambas concepciones jurídicas colaboran muy fuertemente en la formación dualista de la naturaleza del Estado de la Edad Media. Pero el propio Estado absoluto de la época moderna, por alejado que se encuentre del feudalismo, y por mucho que haya tratado de superarle, no ha querido abandonar la concepción de la Edad Media. Luis XIV, por ejemplo, consideró el Estado como un dominio real, y el poder que al Estado corresponde, como la unión del antiguo poder supremo del rey de Francia con el poder señorial que había sido sustraído á sus tenedores originarios. El mismo declara, que el rey posee un derecho ilimitado de disponer, en interés del Estado, de todos los bienes espiri-

(1) Mommsen, *Abriss*, pág. 352.

tuales y temporales (1). En Alemania, la concepción de la soberanía territorial como un Derecho real muestra al señor de la tierra como propietario de un territorio, y los efectos de esta concepción patrimonial se dejan sentir hasta en la literatura é instituciones de nuestros días (2).

También en este segundo tipo el monarca aparece como exterior al Estado. Este es, con respecto á él, objeto, ó como en la concepción germánica, un sujeto separado del monarca. Así es, como frecuentemente hemos indicado, que rey y reino aparecen frente á frente, sin alcanzar su fusión en una unidad jurídica.

38. *El monarca como miembro del Estado y órgano del mismo.*— En los Estados formados sobre la base de los dos tipos que acabamos de explicar, no puede ser comprendido el monarca mismo en la naturaleza del Estado. El monarca, cualesquiera que puedan ser en cada caso sus relaciones con el Estado, está separado de él, y el Estado es, por tanto, frente al monarca un objeto ó un sujeto. Partiendo del Estado, sólo puede ser comprendido el monarca, si la idea misma de aquél está expresada en las instituciones y reconocida por los hombres; pero este no es el primero ni el segundo caso. Todas aquellas formaciones, en tanto se basen en concepciones puras, no pueden aportar á la conciencia de los hombres que viven en ellos, nada que corresponda á nuestro concepto del Estado. Sólo cuando se

(1) «Vous devez donc premièrement être persuadé que les rois sont seigneurs absolus, et ont naturellement la disposition pleine et libre de tous les biens qui sont possédés, aussi bien par les gens d'église que par les séculiers, pour en user en tout temps comme les sages économes, c'est-à-dire suivant le besoin général de leur Etat.» *Oeuvres*, II, pág. 121. Véase además Wahl, *Polit. Ansichten des officiellen Frankreich, im 18. Jahrh.*, 1903, pág. 37.

(2) Véase acerca de esto en la nueva literatura, Schülking, *Der Staat und die Agnaten*, 1902, pág. 9 y sigs.

concibe á éste como una unidad interior que se apoya en sí misma, es cuando puede acompañar á la concepción del Estado la del monarca como miembro del mismo. Así es como la verdadera monarquía, por oposición á la tiranía, fué considerada, por vez primera, en la antigua teoría del Estado como una comunidad. En la Edad Media esta idea germina en las concepciones políticas de los derechos oficiales del rey—derechos que le corresponden independientemente de su dominio eminente sobre el territorio del Estado,—y en la doctrina de la situación del emperador. Por todo ello los legistas y canonistas fueron impulsados á declarar, bajo el influjo de las antiguas concepciones, que el carácter del imperio era el de una asociación de personas. La dirección absolutista de las nuevas doctrinas políticas condujo á la teoría de la representación absorbente del Estado por el monarca. Desde entonces, Estado y monarca forman una unidad, en la que la comunidad popular, identificada según la antigua doctrina con el Estado, es trasladada á la persona del príncipe, el cual se ofrece ya siempre como el representante de ella. Si para Hobbes el Estado es el gran Leviathan, el monarca es el alma de esta gran creación, que sin él sería un cuerpo muerto. Es de advertir que al igual de la doctrina teocrática y patrimonial, la representativa halló su encarnación también en Luis XIV, el cual quiso ser considerado, desde todos los puntos de vista posibles, como ciudadano. Así declara: «Le roi représente la nation toute entière, et chaque particulier ne représente qu'un individu envers le roi. Pas conséquent, toute puissance, toute autorité réside dans la main du roi, et il ne peut y en avoir d'autres dans le royaume que celles qu'il y établit... La nation ne fait pas corps en France; elle réside tout entière dans la personne du roi» (1).

(1) Véase en Rambaud, II, 5.<sup>a</sup> ed., 1894, pág. 2.

El segundo intento para establecer una unión entre el gobierno y el monarca partió de la doctrina de la soberanía del pueblo y de la división de poderes, doctrinas ambas que consideran al monarca como un órgano dotado de poder limitado y conciben siempre al pueblo—á pesar de todos los trasposos del poder llevados á cabo por éste—, jurídicamente, como el sujeto primario del poder del Estado. También esta teoría ha sido representada por soberanos, y pertenece al mundo de las ideas en que se movían los hombres ilustrados del siglo XVIII. Así Federico el Grande, por ejemplo, llamaba al soberano el «primer servidor» del pueblo que estaba bajo su dominio (1), y el emperador Leopoldo II escribe, como gran duque de Toscana, unas semanas antes de ser llamado á ocupar el trono de Austria: «Je crois que le souverain, même héréditaire, n'est qu'un délégué et employé du peuple pour lequel il est fait, qu'il lui doit tous ses soins, peines, veilles... Enfin je crois qu le souverain ne doit régner que par la loi, et que ses constituants sont le peuple, qui n'a jamais pu renoncer ni être privé par aucune

(1) «Il se trouve qu le souverain, bien loin d'être le maître absolu des peuples, qui sont sous sa domination, n'en est lui-même qu le premier domestique.» (*Antimachiavel*, cap. I.) Si Federico el Grande afirma de un modo enérgico el carácter orgánico y personal del Estado y la situación de órgano del monarca (véase Dock, *Souveränitätsbegriff*, pág. 143 y sigs.; Rehm, *Staatslehre*, pág. 231 y sigs.), lo que hace es seguir, como lo muestra claramente lo que dice anteriormente y todo el cap. I del *Antimachiavel*, las inspiraciones de la doctrina que entonces dominaba y aparecía incuestionable, á saber: que el pueblo es el creador del Estado. La otra afirmación famosa suya: «un prince est le premier serviteur de l'État» (*Oeuvres*, I, página 123), descansa esencialmente en la equiparación entre pueblo y Estado.

prescription ou consentement tacite et forcé, á un droit imprescriptible» (1).

Después de haber sido superada la teoría del Derecho Natural sobre el derecho del monarca, gracias al conocimiento claro de la unidad y naturaleza corporativa del Estado, las cuales no se derivan de la existencia preestatista del pueblo, apareció de un modo profundo en la ciencia alemana, fundada por Albrecht, la concepción de que el monarca era un miembro y órgano del Estado que ejerce funciones estatistas, conformándose con la reglamentación de éste y en interés del mismo. Tal teoría fué la que prevaleció, aun cuando muchas contradicciones y obscuridades de la doctrina de los derechos del monarca no hayan desaparecido por completo. Estas obscuridades y contradicciones explícanse porque los tipos de monarca no siempre se ofrecen con toda pureza, de suerte que uno parece anular completamente la dominación de otros; pero más bien rara vez el tipo posterior supera completamente al anterior, sino que lo más frecuente es, que éste muestre claros vestigios de aquél, en una época en que se acate otra idea del Estado completamente distinta. La concepción de Luis XIV acerca de la monarquía se nos ha mostrado como una recopilación de todas las doctrinas relativas á la situación del rey. De igual suerte hallamos en nuestros días restos de doctrinas que dominaron en otros tiempos. Hemos mostrado ya cómo subsiste en la fórmula «por la gracia de Dios» un influjo de la antigua concepción teocrática de los derechos del rey. También la Coronación y el Sacro por manos eclesiásticas, como aún hoy existe en Inglaterra y Hungría (2), es un deber político del monarca, que hay que

(1) A. Wolf, *Leopold II und Marie Christine. Ihr Briefwechsel* (1781-1792), 1867, pág. 84 y sigs.

(2) Sobre la importancia de la coronación en Hungría, véase V. Viroszil, *Das Staatsrecht des Königreichs Ungarn*, 1861, I, pá-

reterirlo á aquella concepción (1). El acto de la coronación indica al propio tiempo el de la investidura; en él se perpetúan aún simbólicamente los derechos señoriales y la concepción patrimonial de la realeza. También en otras cosas quedan todavía con claridad, vestigios de la antigua doctrina dualista del Estado. Estas suturas que unen las partes del Estado antes separadas, son visibles todavía para una mirada experta. Si bien el Estado es concebido hoy como una unidad, y conforme á esto el monarca puede ser comprendido solamente partiendo del Estado, en las concepciones populares, especialmente en las antiguas monarquías, siempre existe una parte de poder soberano, sobre el Estado ó exterior á él, que no puede comprenderse desde el punto de vista del Estado moderno y de su derecho, pues no es posible medir las concepciones jurídicas de una época conforme á la pauta de otra que descansa en supuestos enteramente distintos. Estas supervivencias son á menudo de grande importancia políticamente, pero no pueden cambiar el tipo jurídico de hoy, porque no están fundadas en el orden del Estado. Necesitan ser juzgadas según las concepciones y conceptos jurídicos actuales, esto es, ordenadas según los actuales fundamentos del sistema del Derecho; de otra

*Capitulus etc*

gina 299 y sigs. Una vez el rey coronado, es cuando entra en posesión plena de los derechos de la realeza. La coronación del zar de Rusia (el cual se coloca á sí mismo la corona) parece tener exclusivamente una importancia religiosa y simbólica. (Véase Engelmann, ob. cit., pág. 13.)

(1) La coronación inglesa es considerada, á partir del *Bill of Rights*, como la promesa jurada del pacto constitucional entre el rey y el reino. Precede al reconocimiento, pues el arzobispo de Canterbury pregunta al pueblo si quiere servir al soberano, á lo que éste (representado desde la coronación de la reina Victoria por los escolares de Westminster) contesta con aclamaciones. (Véase Anson, II, pág. 64 y sigs.)

suerte se llega á las mayores contradicciones, ó si se quiere ser consecuente, á sacrificar todas las ideas modernas del Estado á un fantasma (1).

Junto á la idea de la situación de órgano del monarca se afirma también la del derecho propio de éste al poder del Estado; de donde resulta que el contenido de la función misma de aquél sería un derecho individual suyo, lo cual, como ya hemos visto, es una idea tomada de la doctrina teocrática ó patrimonial del Estado, pues á la postre, considera al monarca como exterior al Estado (2). Científicamente podrá apoyarse esta doctrina en la idea de la representación absorbente del

(1) Así lo muestra la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, á propósito de la lucha por el trono de Lippe (véase sobre esto Anschütz, en la obra de G. Meyer, pág. 255 y siguientes, y nuestra nota á la pág. 214 del tomo I de esta obra). Esta jurisprudencia intenta restaurar el Estado patrimonial aprovechando sus restos. Considera las constituciones de los Estados particulares alemanes como un tenue velo en relación con los inquebrantables fundamentos del Estado patrimonial. Todos estos intentos se apoyan en la posibilidad de mostrar la existencia de un derecho independiente de todo Estado, y superior al derecho que en 1806, en el momento de la disolución del imperio, hubo de nacer. Pero este derecho no es otro que el conocido derecho natural de legitimidad, tal como en la concepción de Haller y en la época de la restauración se muestra entre los círculos oficiales. (Véase también Schücking, *Staat und Agnaten*, pág. 11.)

(2) Ed. Loening, *Die Gerichtsbarkeit über fremde staaten und Souveräne*, 1903, pág. 143, considera que el monarca no es órgano del Estado, sino un titular del derecho á dominar, el cual derecho, por tanto, no puede proceder del Estado. También W. Martitz, que ha reconocido perfectamente la naturaleza corporativa del Estado moderno, encuentra (ob. cit., pág. 28) que el rasgo de un jefe de Estado monárquico es su carácter de dominador (*Herrscher*), cuya esencia es un derecho sobre la aso-

pueblo por el monarca; pero esto sólo era posible cuando no eran aún conocidos los errores fundamentales de la doctrina del derecho natural, doctrina que servía de punto de partida del carácter corporativo del Estado. Á las concepciones jurídicas fundamentales de épocas anteriores, está igualmente enlazada la fórmula del monarca como titular del poder total del Estado (1).

La teoría según la cual el monarca reúne en sí todos los derechos del poder del Estado, no ofrece una base realista frente á la construcción de la monarquía constitucional moderna, sino que hoy es mera ficción sin concordancia con la realidad de los hechos jurídicos. Una parte importante y extensa de la función estatista está sustraída á la voluntad del monarca, ante todo la actividad judicial. El monarca no tiene ya el derecho de juzgar que en otro tiempo le competía. El principio de que el monarca es el titular del poder judicial, es sólo una expresión para recordar el hecho histórico de que en otra época juzgó en persona (2). El juez no puede ser considerado en su actividad específica como un mandatario del monarca, sino como

ciación corporativa del Estado. Pero un derecho sobre la asociación no puede ser un derecho de la asociación, y supone, precisamente por esto, un orden jurídico que está sobre aquélla. La situación de dominador del monarca está suficientemente explicada por el hecho de que tiene inmediatamente, como individuo, el poder supremo del Estado, en tanto que en la república jamás corresponde á un solo individuo.

(1) Esta doctrina corresponde de un modo exacto á una situación de Estado absolutista.

(2) Un resto de estos derechos del rey existen aún en Suecia, donde el monarca goza de la facultad de participar en las cuestiones que se ventilan y deciden en el más alto tribunal de justicia; pero, en general, él no participa de esta función sino en tanto que está personalmente presente en el tribunal. Tiene dos votos y puede ser vencido. No usa jamás de este derecho de tomar parte en los juicios y decisiones del Tribunal Supremo

representante de éste. Sólo relativamente, es libre el monarca de hacer el nombramiento de los jueces, pues la elección ha de recaer entre las personas que llenan las exigencias de la ley para el desempeño de esta función; y en cuanto á la organización judicial, es completamente independiente de su voluntad. Al cuidar de proveer á los tribunales de funcionarios, no ejercita un derecho, sino un deber.

En lo que respecta á la administración, todo el procedimiento administrativo se ha de acomodar á las leyes y es independiente de su persona, lo mismo que la existencia de una gran parte de la organización de las autoridades mismas. Los funcionarios no son servidores de su voluntad personal hasta el punto que dependa su existencia del arbitrio del monarca, si no consejeros necesarios, auxiliares y órganos de ejecución, que sin duda están subordinados á él en el servicio, pero á quienes él á su vez está obligado á llamar. La participación de las asociaciones municipales y de otros cuerpos con administración autónoma en el ejercicio del poder público, es completamente independiente del monarca. Nunca puede acudirse en estos casos á los conceptos auxiliares de delegación ó representación. En cuanto que el monarca nunca y en ninguna circunstancia puede ejercitar hoy, dada la organización constitucional, una parte del poder del Estado, «un derecho del poder del Estado», según se decía en el antiguo lenguaje del Derecho Político, es una fórmula vacía que nada nos dice, respecto á los

de Justicia, y se limita á firmar sus sentencias. (Véase Aschehog, pág. 105.) En las leyes alemanas sobre las casas dinásticas se ha conservado á los monarcas el carácter de jueces, siempre que se trata de decidir sobre acciones dirigidas contra un miembro de la dinastía. (Véase, por ejemplo, § 2.º del Estatuto de la dinastía de Baviera de 5 de Agosto de 1819 y § 77 de la ley de la casa de Sajonia de 30 de Diciembre de 1837.)

hechos reales, el atribuirle la substancia de esta parte del poder político. Esta fórmula en su aspecto jurídico, es un resto de la antigua identificación entre autoridad y Estado, para la que un derecho del Estado monárquico sólo era concebible como un derecho personal del monarca; pero si se parte de la idea implícita en la actual organización del Estado, según la cual la unidad interior, necesaria á éste sólo puede ser garantizada mediante la colaboración, conforme á la Constitución, de una pluralidad de órganos, se desvanece todo motivo para asignar á aquella fórmula un valor dogmático profundo, salvo, naturalmente, en la monarquía absoluta. Ella expresa más bien el hecho histórico de que en las antiguas monarquías territoriales, todo derecho á ejercer el imperio llegó á ser derecho del monarca. *Tout fuit al commencement in luy et vient de luy*. El verdadero germen de aquella fórmula, es esta expresión trascrita, de los jueces ingleses de la Edad Media, acerca de las relaciones entre el poder del Estado y el del rey. Las consecuencias prácticas jurídicas que se pueden sacar, partiendo del principio monárquico, de las antiguas monarquías, resultan espontáneamente del origen y naturaleza de la ley constitucional en tales Estados, en los que es considerada ésta como autolimitación del poder del soberano.

Para el tipo del Estado moderno que hace de la totalidad del pueblo una unidad, el monarca sólo puede ser comprendido partiendo del Estado y considerándolo como órgano del mismo. De aquí se sigue que el principio monárquico es de naturaleza puramente política (1), y de ningún modo, una consecuencia necesaria de una concepción exacta de la monarquía. Bajo el

(1) Al que se le puede dar hoy aún un contenido jurídico cualquiera. Así declara Aradt: *Können Rechte des Agnaten auf die Thronfolge nur durch Staatsgesetz abgeändert werden?*, 1900, pág. 41, que el principio monárquico no significa otra cosa que

monarca y junto á él pueden existir una variedad de órganos en subordinación, más ó menos independientes de él, dotados de competencia estatista, sin que por esto se altere el tipo de la monarquía misma.

La nota esencial al monarca es la de representar el poder supremo del Estado, esto es, aquel poder que conserva á éste y le pone en movimiento; visto más de cerca, consiste en una esfera libre, limitada por las leyes, pero no en cuanto á su contenido, y propia para dar una dirección á las acciones del Estado: sancionar las leyes, decidir libremente lo que debe ser derecho, disponer asimismo libre facultad en lo que respecta á las relaciones internacionales, acordar los tratados sobre la guerra y la paz, gozar del mando supremo del ejército, del nombramiento de los ministros y otros funcionarios y del derecho de gracia, constituyen una competencia, positiva y no ficticia del monarca. En este orden de cosas, tiene también el monarca un verdadero derecho libre de mandar, que no existe allí donde la obligación está contenida dentro de la ley. Sólo en el sentido de que la organización del Estado es hoy legal, puede considerarse que la ley necesita ser el contenido de la voluntad del monarca, si bien de una manera permanente ha de considerarse como fruto de la voluntad del legislador. Sólo en este sentido, decimos, se puede hoy afirmar que el poder del Estado está contenido potencialmente en el monarca; claro es que este monarca no es el monarca real vivo, sino la institución abstracta.

En tanto que este poder supremo, que pone y conserva en actividad al Estado, descansa en unas solas manos, se trata de una monarquía, cuyos poderes persiguen siempre fines estatistas.

la determinación precisa de una manera de suceder á la corona; de donde se sigue que en Rusia, donde la voluntad del zar puede cambiar la sucesión al trono, no sería una verdadera monarquía.

tas. La monarquía goza de tan grande facultad de adaptación á las más diversas circunstancias sociales, que resultan conciliables con el concepto y naturaleza de la monarquía las mayores distinciones en la medida real del poder político del monarca. La actividad que compete al monarca de poner en movimiento al Estado, puede ir unido lo mismo al poder más amplio de la vida de éste que al menos comprensivo; sólo hay una nota común á todas las monarquías: con el quebrantamiento del poder monárquico, el Estado sería destruído al punto en sus funciones más importantes y caería en la anarquía. Esto puede comprobarse mediante el ejemplo de un pueblo en el que la Corona tiene hoy el minimum de poder real que puede pensarse.

En la Inglaterra actual el centro de gravedad del poder del Estado descansa en el Parlamento. Este, da leyes á las que el rey, desde hace casi dos siglos, jamás ha negado su asentimiento. El Gabinete, que es una comisión de la mayoría parlamentaria, formalmente es nombrado por el rey, mas en realidad, quien lo designa es el Parlamento, por cuanto el jefe de la mayoría de la Cámara de los Comunes ó una personalidad análoga á la de los Lores, es la que la Corona designa para primer ministro, y los restantes miembros del Gabinete, son elegidos de entre la mayoría siendo firmado su nombramiento por la Corona. En realidad, el Gabinete es quien nombra á todos los funcionarios y ejercita la propia prerrogativa regia, pues la Corona, especialmente desde la reina Victoria, no puede oponer una resistencia digna de valor á las proposiciones del aquél (1). No obstante, la dirección suprema del Estado descansa exclusiva-

(1) Que esta situación es una de las que cambian por depender de la modalidad personal del titular del poder, lo demuestra, la gran transformación operada desde que fué elevado al trono Eduardo VII, el cual ha tomado en muchas ocasiones muy importantes para la política interior la iniciativa, y le dió

mente en manos del rey, pues sólo él puede poner en actividad al Parlamento, ya que éste no goza del derecho de reunirse por sí; de suerte que el rey es aún hoy *caput, principium et finis parliamenti* (1). A pesar de la coacción política, si el rey negase á una ley su asentimiento real, ningún poder del mundo podría obligarlo jurídicamente. Sin el concurso de su voluntad, se paralizaría toda la máquina legislativa (2). Igualmente nadie puede suplir sus actos de voluntad, actos por los que nombra el Gabinete y los funcionarios ó realiza otras gestiones importantes de gobierno. La inactividad del rey podría paralizar al punto al Estado, y no existe un medio jurídico para alejar este peligro en tanto que la facultad de gobernar del rey perdure. Toda modificación de una situación análoga sólo puede conseguirse por un

una dirección á la política exterior, sin que su acción personal fuese reprimida por estimarse anticonstitucional. La situación de la Corona en la época de la reina Victoria y en la actual, de ningún modo puede estimarse idéntica.

(1) Véase especialmente Hearn, *The government of England*, pág. 51 (citado en *Gesetz und Verordnung*, pág. 18, nota 29), el cual muestra muy bien el carácter jurídico del asentimiento del rey á las leyes. También Burgess, *Political Science*, II, página 203, afirma, si bien no con igual agudeza que Hearn, la imposibilidad de que el derecho real se pierda por el no uso.

(2) Es completamente antijurídico pensar, como á menudo se hace en las obras sobre el Derecho inglés, que la Corona pueda perder su derecho de veto, *by disuse*. Su derecho á conceder á las leyes su conformidad, lo ha usado siempre. ¿Quién podría suplir el asentimiento real indispensable, según el Derecho Político inglés, para la perfección de las leyes, en el caso de que el rey no le diese su acuerdo, sin incurrir en usurpación de derecho? Bagehot, *Englische Verfassungszustände*, 1868, página 88, desconoce la situación política, al decir irónicamente de la reina Victoria: «Ella necesitaría firmar su propia sentencia de muerte si ambas Cámaras, de común acuerdo, se la presentasen.» ¿Quién podría constreñirle á ello?

procedimiento revolucionario. Se ha censurado muy vivamente en Inglaterra el trabajo escrito que se impone al rey (1). Sin estas firmas regias no se podría mantener el funcionamiento del Estado inglés.

El derecho de disponer legalmente de la vida entera del poder del Estado corresponde en Inglaterra al Parlamento, en el antiguo sentido, esto es, al rey y á las dos Cámaras; pero el poder jurídico supremo, aun cuando en realidad esté dividido, corresponde solamente al rey, pues las dos Cámaras del Parlamento no pueden por sí más que estatuir sobre su organización interior; en cambio, si prescinden de la voluntad del monarca, no pueden hacer nada en el camino de las modificaciones de la organización del Estado y de los funcionarios. El Parlamento solamente puede dictar leyes; pero no darles fuerza de ley. Elige de entre su seno al primer ministro, y, mediante éste, á los restantes miembros del Gabinete, pero no puede nombrar por sí ni un solo miembro del mismo. Le cabe rehusar las exigencias de la Corona y someter sus consejos al *Impeachment*, todo lo cual ha dejado de practicarse en el sistema de gobierno parlamentario; pero son esencialmente acciones de resultados negativos, que no aspiran á asegurar la permanencia ininterrumpida de las funciones del Estado. Así pues, el rey lo puede todo con el Parlamento; el Parlamento sin el rey, nada, y el rey sin el Parlamento ejerce, en virtud de su prerrogativa, la función suprema, esto es, aquella por la cual el Estado se mantiene perpetuamente en actividad.

El monarca es, por tanto, en general, el punto de partida de las funciones políticas, las cuales, por esta razón, están con respecto á él en una unión permanente, sin que por ello hayan de estar en relación de dependencia necesariamente. La doctrina

(1) Bagehot, pág. 91 y sigs.

de la división de poderes, en la concepción de Montesquieu, ha desconocido este importante hecho jurídico, pues ha querido atribuir al monarca meramente un poder, el ejecutivo, igual á los otros, lo que prácticamente hacía caer al Estado en la inacción ó en luchas interiores. La vida en la unidad del Estado sólo puede partir de un centro; y si fuese posible en una unidad viva, como es el Estado, crear varios centros de igual valor, el resultado de tal principio sería una anarquía permanente.

De aquí este principio: si bien es inexacto que todo poder corresponda necesariamente al rey, sí es cierto, respecto de todas las monarquías, incluso de las que han dado en sus Constituciones cabida al principio democrático, que todas las funciones del Estado tienen su punto de partida, y, por tanto, su punto de unión, en el monarca. Por el contrario, es conciliable con el principio de la unidad del Estado una división de poderes correspondientes á distintos órganos, y puestos bajo el monarca, los que como tales sólo son miembros de la unidad del Estado. También se puede atribuir el poder á asociaciones no estatistas, con tal que sólo cuiden de las funciones de órganos del Estado ó estén en actividad público-jurídica inspeccionadas por éste. Tampoco contradice la esencia de la monarquía el derecho de la iniciativa legislativa de las Cámaras (1), á condición de que las disposiciones que resulten no tengan, por la mera voluntad de la Cámara, fuerza obligatoria.

En las monarquías no precisan, por tanto, todos los demás órganos estar subordinados de un modo necesario al monarca; pero sí necesitan al menos depender de él en el sentido de la dirección de su actividad; su funcionamiento ininterrumpido y la prestación de fuerza de ley á sus acuerdos han de depender

(1) Gerber consideraba aún (ob. cit., pág. 126, nota 2) este punto como dudoso doctrinalmente.

de su voluntad. Así se muestra en la Cámara de los Estados-modernos, las cuales, en muchos, no pueden principiar su actividad sin el monarca, y en general, en distintas circunstancias, pueden verse interrumpidas en su actividad por la actividad de aquél (1), no pudiendo, por lo común, ningún acuerdo de ellas obligar inmediatamente á los súbditos (2). Esto se demuestra con todas las autoridades del Estado, y con los tribunales inclusive, los cuales han de ser dotados de personas competentes para ello, por él ó en su nombre, y sólo de este modo están en condiciones de ejercer su función. Por esto las Cámaras, y en tanto que establecen la jurisprudencia, los tribunales, no están subordinadas al monarca en el cumplimiento de su servicio; pero no obstante, están condicionadas por su voluntad en sus funciones. Las mismas asociaciones municipales, y otros cuerpos dotados de autonomía administrativa que ejercen el derecho estatista como un derecho propio, están sometidas á su inspección suprema mediante las autoridades administrativas del Estado; esto es, dependen de éste, y, por tanto, del jefe del mismo.

La nota más esencial que hemos fijado, por consiguiente, del tipo de monarquía, consiste en que no puede llevarse á cabo ninguna modificación en la organización del Estado, conforme á la Constitución, de otro modo que con el concurso de

(1) En la misma Noruega, único estado en que no corresponde al rey el derecho de disolver la Cámara, puede él cerrar las sesiones del *Storting* después de dos meses de estar reunidas. Si él lo ha convocado á sesión extraordinaria, puede libremente acordar la clausura. Matler, ob. cit., pág. 237.

(2) Hay excepciones, de que más tarde habremos de ocuparnos; tales son, las acusaciones contra los ministros, la elección de una nueva monarquía (Hungria y Bélgica), ó la designación de una regencia cuando jurídicamente no hay ninguna expresamente designada.

la voluntad del monarca. Por distinto que pueda ser el papel de éste, y por muchas que sean las desviaciones concretas de este tipo, tiene su límite el concepto del monarca en la existencia del poder de que hemos hablado. Do quiera que pueda llevarse á cabo la modificación de la Constitución sin contar con la voluntad del jefe del Estado, ó contra ella y cualquiera que sea el nombre que se dé á aquél, no puede llamarse monarquía, pues le ha sido quitado al monarca la atribución suprema de dar una dirección al Estado. Por esto, Francia, atendiendo á la Constitución de 3 de Septiembre de 1791, que declaraba el quedar fuera de la sanción del rey las decisiones del *corps législatif*, no era una monarquía, sino una república con un jefe hereditario. En Noruega, por el contrario, donde al rey sólo compete, cuando se trata de las leyes ordinarias, un veto suspensivo, se exige, en caso de modificación constitucional, la sanción regia (1);

(1) Sobre la existencia y amplitud del derecho de sanción del rey en los casos de modificación de la Constitución, existe en Noruega gran discusión teórica y práctica. Véase Bernatzik, *Der Verfassungstreit zwischen Schweden u. Norwegen*, en *Gründungs Zeitschrift*, XXVI, pág. 303 y sigs. El veto absoluto del monarca ha sido defendido y fundamentado por la Facultad de Derecho de Cristianía (*Om Kongens Sanktionsrecht*, Kristiania, 1881, pág. 817, traducido por Jonás bajo el título *Gutachten der jur. Fakultät über das Sanktionsrecht des Königs bei Grundgesetzveränderungen*, 1882, pág. 81. Véase también Seidler, en *Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, VIII, pág. 455 y sigs.). Contra el derecho de sanción se invoca la Constitución francesa de 1791, que sirvió de modelo á las leyes fundamentales de Noruega. Sin embargo, á mi juicio, se deben admitir las afirmaciones de Bernatzik, quien (ob. cit., pág. 311) atribuye al rey un veto absoluto en todas las decisiones del *Storting*, que afectan á la realeza, de suerte que la cuestión á discutir queda limitada á las restantes decisiones del *Storting*

por esto Noruega cae dentro del tipo monarquía. A los presidentes de la república, á quienes á lo más se atribuye para la legislación ordinaria un veto suspensivo, les es imposible oponer obstáculo alguno en el camino de la legislación constitucional. En Inglaterra misma, incluso si se admite la doctrina política según la cual no es posible la oposición del rey á las decisiones parlamentarias, se necesita de la iniciativa regia para las leyes relativas á la situación del rey ó sobre la prerrogativa regia; lo cual es de una importancia decisiva para toda modificación de las instituciones fundamentales británicas, porque éstas están tan íntimamente unidas con la prerrogativa regia, que todo cambio esencial en ellas, esto es, todo cambio de la constitución material de Inglaterra va unido á un acto de voluntad regia (1). La su-

que modifican la Constitución. El párrafo final de la Constitución (art. 112), según el cual, quedan prohibidas las modificaciones contrarias á los principios mismos de la Constitución, sólo puede ser entendido en el sentido antes dicho, único conciliable con la naturaleza de la monarquía. Si Noruega, después de la separación de Suecia, había de continuar siendo una monarquía, era indispensable solucionar esta cuestión mediante una interpretación auténtica favorable á la realeza, tanto más cuanto que la significación práctica del veto suspensivo estaba dirigida contra el rey de la unión. En una Noruega independiente y gobernada según régimen parlamentario, esto es políticamente, completamente superfluo.

(1) Véase May, *Law of Parliament*, 10.<sup>a</sup> edición, 1893, página 428. La reina Victoria ha rehusado varias veces su consentimiento á tales leyes, las cuales han tenido que ser retiradas de la orden del día á causa de esto. (Véase May, pág. 424.) Por lo demás, el Gabinete tiene en sus manos el suprimir toda determinación grave hallada por él en el curso del procedimiento parlamentario, de suerte que apenas si se le puede presentar una ocasión para el ejercicio del veto. Burgess, *Political Science*, II, pág. 200, distingue entre derechos constitucio-

presión de la Cámara de los Lores, por ejemplo, llevaría consigo la eliminación de uno de los derechos de la prerrogativa regia, á saber: el del nombramiento de los Pares; por tanto no podría ser objeto de discusión sin previa proposición del rey.

A este tipo, que indica los límites más exteriores de la monarquía, se opone hoy en el mundo de los Estados, como caso normal, aquel en el cual no puede llevarse á cabo modificación alguna en el orden jurídico sin contar con la voluntad del monarca. Además, compete á éste una actividad libre en la dirección del Estado, que se refiere tanto al exterior como al interior; de modo, que todo acto encaminado á imprimir una dirección al Estado, ó es hecho por el monarca, ó en su nombre. Hay muchas concepciones que pueden modificar este tipo sin destruirlo. Así, por ejemplo, en la facultad que tiene el Parlamento de acusar á los ministros, y los efectos que esto de suyo produce, como la suspensión de los ministros, se echa de ver, una modificación del tipo; pero dada la insignificante importancia práctica de estas disposiciones legales, las que sólo de un modo excepcional se hacen efectivas, resulta que en la situación del monarca no hay ninguna modificación esencial. También pueden ser muchas las condiciones y limitaciones que la Constitución imponga á esta actividad libre del monarca. La competencia de los colegios parlamentarios, la exigencia de la firma del ministro, los derechos de presentación de las corporaciones, et-

nales de la Corona que representan un residuo de la primitiva prerrogativa que se ejercitaba de un modo independiente, y derechos de la Corona que descansan en un acto del Parlamento ó de carácter estatutario. Los primeros pueden ser defendidos mediante un veto absoluto: «until the state through a House of Commons elected upon the issue, shall have commanded the submission of the crown», pág. 201. Pero esto no es una solución jurídica, sino revolucionaria.

cétera, han de ser considerados así; esto es, representan limitaciones puestas á la función directora del monarca, pero no determinan de ningún modo su contenido.

Finalmente, existe otra desviación importante del tipo fundamental de la monarquía. El caso normal de ésta, es aquel en que el órgano supremo es una sola persona física; pero es posible también una monarquía con una variedad de personas monárquicas, á condición de que el acto de voluntad monárquica no proceda, según la Constitución, de una forma determinada de aplicación del principio de la mayoría sino más bien que todo acto sea considerado como partiendo de cada uno de los monarcas particulares ó de todos ellos como comunidad. En tanto que un acto supremo de la voluntad del Estado, sea la voluntad de una persona individual determinada y no de un colegio, está asegurado el tipo de la monarquía. Por esto Roma, en la época posterior á Diocleciano, era monarquía, aun cuando al mismo tiempo la gobernasen varios Augustos y Césares. De igual modo, tampoco cambia el tipo de la monarquía la existencia de una pluralidad de regentes ó de un gobierno común, así, Inglaterra, bajo Guillermo III y María (1689-1694), en que la reina había de suscribir todos los actos del Estado juntamente con el rey, era tan monarquía como lo fué después bajo la autoridad exclusiva de Guillermo (1694-1702).

2.—Las formas de la monarquía.

De igual suerte que las formas del Estado, así también la monarquía ha sido objeto de infinidad de divisiones. Se han tenido en cuenta muchos elementos históricos y sociales para construir con ellos tipos particulares de monarquía. Contra todos estos intentos, surgen las mismas observaciones críticas

con que nos hemos tropezado al tratar de las divisiones generales del Estado. Hay elementos, que no son suficientes para individualizar al Estado en su peculiaridad, y no pueden servir, por tanto, para caracterizar una forma particular de Estado (1). En realidad, aquellos que establecen categorías histórico-sociales de monarquía, más que ofrecernos tipo, lo que nos ofrecen es una serie de descripciones individuales (2). Sólo puede ser dividida la monarquía, acertadamente, como las formas del Estado en general, atendiendo á diferencias jurídicas.

Únicamente hemos de tener en cuenta en nuestras observaciones, las formaciones más conocidas pertenecientes á un grado elevado de cultura. Hemos dicho, que el tipo monárquico

(1) En la literatura reciente Rosenberg, *Die Juristische Natur des deutschen Kaisertums, Preuss. Jahrbücher*, 103, 1901, página 287, basándose en investigaciones bastante detalladas, considera al monarca como el titular del poder del Gobierno, pero esta nota no puede sustraerse de los demás factores del Estado; por consiguiente, aun preseiñdiendo de los antiguos Estados aristocráticos, caerían dentro de este concepto de la monarquía de Francia el de la constitución consular, ó las ciudades alemanas de la Hansa, donde el poder supremo que competía al Senado sólo podía ser disminuído con el consentimiento de éste. Seidler, *Das juristische Kriterium des Staates*, página 68, afirma que la esencia de la monarquía consiste en que el monarca es un factor esencial de la constitución del Estado, la cual sin él no podría existir, y en cambio el presidente de la república es un órgano creado en virtud de una constitución preexistente; pero este criterio no se puede aplicar ni á una monarquía electiva ni á una como Bélgica, donde la constitución fué anterior al monarca.

(2) Este es el caso de Roscher, *Politik*, pág. 250 y sig., quien dentro del tipo de la monarquía absoluta distingue tres variedades: la monarquía confesional, la cortesana y la absoluta ilustrada.

de las organizaciones sociales principia con los comienzos de la vida del Estado. En una época de cultura rudimentaria hallamos los jefes de tribus, los caudillos. En estos casos, ó domina una organización circunstancial, por ejemplo, en casos de guerra, después de los cuales reaparece una forma corporativa de vida tribal ó de horda, ó el caudillo permanente no tiene una competencia determinada, que es lo que supone una rica evolución jurídica. El poder efectivo de un jefe de esta naturaleza puede ser muy limitado, pero puede también llegar hasta el más amplio despotismo. Medir éste valiéndose de conceptos jurídicos de una civilización avanzada, sería enteramente anti-histórico; pero es, no obstante, muy provechosa una ojeada á las circunstancias propias de esta situación, porque nos brinda un medio de conocer las variaciones posibles de tipos que permanecen estacionarios en muchos aspectos en un período avanzado de cultura.

Desde hace largo tiempo es una nota esencial de la monarquía, que el monarca es tal durante su vida; por mucho que retrocedamos en los recuerdos de los pueblos culturales, no ha habido ningún rey temporal. Esto es ya un hecho histórico que supone relaciones políticas de bastante progreso. Sin embargo, se pueden mostrar supervivencias que duran largo tiempo, de una realeza temporal. El *dictator* romano es «una institución monárquica dentro de una organización republicana» (1). Las destituciones de los reyes por el pueblo durante la Edad Media no pueden considerarse como revoluciones, según las ideas jurídicas de aquellos tiempos, sino como hijas del carácter dualista del Estado y de la concepción del rey como una de las partes de contrato. La posibilidad que tiene el monarca de renunciar al trono, la temporalidad del que ocupa legalmente la

(1) Mommsen, *Abriss*, pág. 163.

regencia, muestran aún hoy la posibilidad de que el órgano supremo del Estado ocupe, durante un tiempo limitado, el gobierno. No obstante, sería desacertado partir de la duración de la dignidad monárquica para hacer una división fundamental de la monarquía, porque modernamente, esto es, en los Estados actuales, ha advenido una nota esencial al monarca, el carácter vitalicio de sus funciones (1).

Tampoco puede ser un principio para la división de la monarquía la nota de la irresponsabilidad, pues en los Estados unitarios que han llegado á un elevado grado en su desarrollo, ha de aplicarse necesariamente aquel principio que hubo de formular por vez primera la Iglesia de un modo claro: *summa sedes a nemine iudicetur*. Toda responsabilidad penal ó política para los actos de gobierno reclama para el jefe del Estado la cualidad de órgano supremo, porque el juez ejecuta el *imperium* sobre los acusados. Esto vale también para los actos privados

(1) Y sin embargo, se conciben aún hoy desviaciones de este principio fundamental. En Sajonia-Coburgo-Gotha, determina la ley fundamental del Estado, de 3 de Mayo de 1852, § 9.º, que el rey reinante en Inglaterra y el presunto sucesor del trono, son excluidos del gobierno de este Estado alemán, de modo que el gobierno pasará á los príncipes que estén inmediatamente después de ellos. Si, pues, en la época de la sucesión al trono, fuera del rey reinante en Inglaterra, ó del sucesor al trono de éste, ó de ambos al mismo tiempo, no existiese sucesión de la línea especial del príncipe Alberto, en el primero y en el último caso el rey, y en el segundo el sucesor á la corona, entrarían á gobernar el ducado y lo dirigirían mediante un gobernador, hasta tanto que la línea especial del príncipe Alberto ofreciese un príncipe con capacidad para suceder. Si se presentase este caso, existiría en Sajonia-Coburgo-Gotha un ducado temporal. El caso se daría si el rey de Inglaterra, llamado á ocupar el trono de Coburgo, tuviese sólo un hijo y más tarde le naciese un segundo.

del monarca. En estricta lógica, habíamos de llegar á la consecuencia de sustraer los actos de éste, incluso á la responsabilidad civil—lo cual ha hallado en el Derecho inglés, al menos formalmente, su realización,—en tanto que por lo común está sometido al Derecho Civil, salvo para aquellas determinaciones que llevan consigo coacción contra las personas, todo lo cual no contradice la concepción jurídica dominante sobre la situación del monarca. La idea de la responsabilidad de éste (1), tal como se refleja en las obras alemanas (2), sólo puede nacer en un Estado dualista en que no exista una idea clara de las relaciones entre sus dos partes. Conforme á la concepción contractualista entre rey y reino, pueden los barones ingleses exigir del rey garantías para la protección de la Carta magna, el noble húngaro el derecho de la insurrección armada y las clases aragonesas el derecho de rehusar obediencia al rey en caso de que éste atentase á sus fueros. Pero cuando la idea de la unidad del Estado, en la organización del mismo, se expresa con más claridad, la irresponsabilidad adviene esencial al concepto

(1) El monarca franco no estaba sometido á responsabilidad penal (véase Schröder, pág. 113). La idea de una tal responsabilidad se ha formado después de la desaparición del reino de los francos.

(2) Esta es la teoría, no el Derecho Positivo (véase von Frisch, *Die Verantwortlichkeit des Monarchen und höchsten Magistrats*, 1904, pág. 110 y sig., el cual hace notar con acierto que tampoco las determinaciones de la Bula de oro, cap. V, § 3.º, tienen importancia práctica). Gonnér, *Staatsrecht*, pág. 121, considera lícito el acto de deponer al kaiser, pero exige además, después de una capitulación electoral, el consentimiento del *Reichstag*. (Art. I, §§ 3.º y 4.º) Pero como una decisión del imperio sólo puede tomarse mediante el consentimiento del emperador, resultaría que este mismo habría de deponerse.

de la monarquía (1), y no aparecen los monarcas responsables como un género análogo al anterior, sino como desviación del tipo (2).

Finalmente, tampoco se puede hacer fundamento de una división de la monarquía, la continuidad ó no continuidad de ésta. En las monarquías electivas, durante las luchas por la sucesión al trono, cuando desaparece una dinastía ó existe un obstáculo insuperable para encargar del gobierno al sucesor, pueden aparecer autoridades interinas que no necesitan tener por sí mismas carácter monárquico. El carácter de tales poderes interinos hay que considerarlo en cada caso concreto. Las autoridades interinas son, provisionalmente, jefes de Estado, de tipo monárquico, si es una voluntad física la soberana; de tipo republicano, si es la voluntad de un colegio (3). Si el interregno está reglado por la Constitución, y se trata, por tanto, de una situación jurídica y no de una nueva situación de hecho, entonces las autoridades interinas tienen un derecho á esta situación de hecho, no menos que el monarca mismo; pero estos

(1) También puede existir la irresponsabilidad en los jefes de Estados republicanos. A este tipo correspondían los cónsules franceses, según la Constitución del 22 frimario del año 8, título VI, arts. 69 y 70. Igualmente que respecto de los monarcas estaba prohibida toda acción penal contra los cónsules, incluso por sus acciones extraoficiales.

(2) Como la soberanía cesarista de Napoleón III. (Véase en volume, págs. 193 y 194.)

(3) Triepel, *Interregnum*, pág. 69, llega al resultado, fundándose en su doctrina inaceptable del titular del poder del Estado, de que durante el *interregnum* el Estado no posee ninguna forma determinada, ni de monarquía, ni de aristocracia, ni de democracia, resultado que muestra ya la inexactitud de la construcción que le sirve de fundamento.

casos excepcionales no son apropiados para distinguir la monarquía misma y dividirla en variedades.

Dos oposiciones jurídicas importantes existen que pueden servir eficazmente como principio de división de las monarquías: el modo de ocupar el trono y la amplitud de las facultades del monarca. De aquí nacen los tipos de la monarquía electiva y hereditaria, de una parte, y el de la monarquía limitada ó ilimitada, de otra.

a) *Monarquía electiva y monarquía hereditaria.*—En la monarquía electiva el trono se ocupa en cada caso por un acto de creación jurídica; en la hereditaria el monarca se toma de una determinada familia, la dinastía, conforme á un orden de sucesión al trono determinado en la Constitución.

La monarquía electiva necesita de un órgano especial de creación, cuya función queda limitada al acto de la elección del monarca. De suerte que su actividad orgánica termina con el acto de la elección y adquiere después, respecto del monarca, una situación subordinada, ya que es aquel el órgano supremo. No hay lugar á la representación del elector mediante el elegido, ni á la delegación de los derechos mediante el acto de la elección. La monarquía electiva pertenece, por consiguiente, á la monarquía, á pesar de los interregnos de carácter no monárquico que pueda tener, y no ostenta, como á menudo se ha considerado, un carácter de república. La monarquía electiva tiene la tendencia, al menos, de asignar la supremacía política á los electores; por esto todas las monarquías poderosas han sido ó han devenido monarquías hereditarias. El paso de la electiva á la hereditaria lo forma la elección del rey de entre los miembros de una determinada familia, lo que tuvo lugar muy á menudo en la Edad Media. La elección sólo puede hacerse por vida, y toda elección que contradiga esto, contradice el tipo de la monarquía en un momento avanzado de su evolución. En cambio no puede considerarse como un signo de la monarquía

el carácter vitalicio de las funciones supremas del gobierno: piénsese, por ejemplo, en el lord protector de la república inglesa (1), y en el gobernador hereditario de los Países Bajos. Aún en las repúblicas modernas existen miembros vitalicios del colegio director, como son, por ejemplo, los senadores en las ciudades de la Hansa.

La monarquía electiva ha desaparecido de la actual organización de los Estados. Sólo Bulgaria ofrece, según la letra del Tratado de Berlín, una excepción aparente. Sin embargo, puede reaparecer de una manera contingente en casos extraordinarios. La instauración de una dinastía en los Estados moder-

(1) La república de Inglaterra ha sido una de las formaciones políticas más singulares. Una investigación jurídica y política de ella, ha sido en parte hecha por vez primera por Esmein, *Les constitution du protectorat du Cromwell, Revue du Droit Public.*, XII, 1899, pág. 193 y sigs. y 404 y sigs. Sobre las Constituciones del Protectorado, véase también Rothschild, obra citada, 141 y sigs. Esta falta se explicaba por los cambios constantes constitucionales de la república, que comenzó como dictadura militar y desapareció antes de que pudiese alcanzar una forma permanente. Una ojeada al conjunto puede verse en Gneist, *Englische Verfassungsgeschichte*, 1882, pág. 579 y siguientes, según el *Instrument of government*, la situación del *Lord Protetktor* es casi la de un rey, pero está muy limitada por el Consejo de Estado que representa el Parlamento. En lo que respecta á las leyes, puede él, en el plazo de veinte días, prestarle su conformidad ó ganar el Parlamento y rechazar el *Bill*. En caso contrario adviene ley, en tanto que no vulnere el *Instrument*. El protector se distingue del monarca por su responsabilidad, que se considera evidente. Esto no se encuentra formulado expresamente; pero quien condujo al enjuiciamiento y ejecución del rey, era imposible que vindicase para un jefe de Estado que no ostentaba el título de rey la irresponsabilidad.

nos tiene hoy lugar, generalmente, mediante la elección; así ha acontecido durante el siglo XIX en Bélgica y en los Estados cristianos de la península de los Balcanes. Cuando es depuesta una dinastía sin que se haya designado una nueva conforme á la legislación, la manera normal de hacer llegar á ésta al trono es por la elección, y en tales casos son las Cámaras, salvo excepciones que se desvían del tipo corriente, el órgano inmediato permanente para llevar á cabo la elección. La designación de Guillermo III y de María por el Parlamento inglés y la de Amadeo de Saboya por las Cámaras españolas (1873), han sido elecciones de este tipo. Es un efecto análogo al de la elección, la confirmación por el pueblo de un trono adquirido por la usurpación, como lo ha mostrado la práctica del plebiscito en Francia por los Bonapartes. Estas elecciones y confirmaciones extraordinarias no llaman por lo común á una determinada persona individual, sino á una dinastía, de la cual salen más tarde los titulares de la corona, en virtud de una ley constitucional complementaria que consagra formalmente la situación.

Que en la monarquía hereditaria sólo se puede hablar en un sentido figurado del carácter hereditario de la corona, no necesita ser dicho, dado el punto de vista de la actual organización de los Estados. No hereda el monarca la corona, sino la corona al monarca. Las instituciones permanentes políticas forman, á causa del cambio del trono, un nuevo titular del órgano. La totalidad de los principios referentes á la sucesión del trono es de naturaleza de derecho público, y por eso están sometidos á la legislación constitucional del Estado. Pero esta idea se ha expresado por vez primera de un modo claro en la organización de la monarquía actual; pues mientras dominó la concepción del Estado como patrimonio del príncipe y se eliminó la idea del carácter de funcionario de éste, hubo de identificarse la sucesión al trono con la sucesión de derecho privado. Hasta que no ha prevalecido la idea de la unidad del Estado,

fueron divididos éstos como herencia. En la oposición de las clases populares, políticamente poderosas, contra esta división germinaba la idea de que el Estado no era un objeto susceptible de posesión para una familia, y la acentuación del Estado unitario iba subrayando cada vez más la naturaleza jurídica de derecho público de la sucesión al trono y quitándole su carácter de derecho privado. Pero al derecho privado, al derecho feudal, en donde se hallan los orígenes de la organización de la sucesión, debe el moderno derecho sucesorio su claridad, su formación progresiva y su determinación clara, que excluye hasta donde es posible las luchas para la sucesión al trono, y que, por tanto, satisfacen una necesidad esencial de la organización monárquica.

El tipo de la monarquía hereditaria no se altera en los casos excepcionales en que faltan los sucesores al trono por derecho de nacimiento, y se provee mediante el pacto de sucesión recíproca (*Erbverbrüderungen*) (1), ó como ha ocurrido con los Bonapartes ó con los sucesores de Bernardote en Suecia, mediante la adopción, y, finalmente, cuando una dinastía nueva es llamada al trono en virtud del nombramiento del último titular de éste, ó de una ley constitucional que ha sancionado á aquél. Los primeros casos han sido designados con mucho acierto como casos de agnación artificial (2). En los últimos el monarca mismo aparece como órgano de creación, y sustituye un acto físico por uno jurídico.

(1) Constitución de Baviera, tit. II, § 5.º Constitución de Hesse, art. 5.º; de Sajonia, § 7.º La cuestión de hasta qué punto el pacto de sucesión recíproca (*Erbverbrüderungen*) tiene aún hoy importancia jurídica, no necesitamos tratarla aquí.

(2) Véase H. Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrech*, I, pág. 240.

b) *Monarquía ilimitada y limitada.*—Una forma del Estado es, pues, ilimitada ó absoluta, si éste solo posee un órgano inmediato y primario. Un caso aparentemente excepcional creía encontrarse en la monarquía cesarista, sin instituciones constitucionales ó asambleas, en la que el monarca se declara como órgano primario representante del pueblo. Pero tal Estado no se diferenciaría de una monarquía absoluta. Monarquía absoluta es, pues, un Estado en que sólo el monarca es órgano inmediato del mismo.

En la monarquía absoluta existe una autolimitación de este órgano por otros mediatos que le están subordinados, á los cuales, en vista de la plenitud de los poderes del soberano, le confía éste de un modo sustantivo el cuidado de determinados problemas del Estado. Esta división de poderes se encuentra con más ó menos amplitud en todos los Estados absolutos de los tiempos modernos, en los que existe, por tanto, un derecho público que regula las competencias estatistas, y que se diferencia del orden jurídico de los demás Estados por la falta efectiva de garantías jurídicas. La monarquía absoluta suele ser caracterizada, fundándose en la antigua oposición de monarquía y tiranía, diciendo que el poder del soberano halla en ella su límite en el derecho privado de los individuos. Pero su organización de naturaleza pública es también jurídica, no arbitraria. La organización de los servicios de los Estados modernos ha tomado sus rasgos esenciales de la época de la monarquía absoluta; pero los fundamentos de esta organización forman parte esencial de la constitución material de cada uno de los Estados. En la Edad Media, contábase en Inglaterra y Francia la formación de las autoridades centrales, así como su influjo en la formación de la administración en Alemania y su territorio, en los comienzos de la época moderna, como antecedentes de importancia en la historia constitucional de estos Estados. Muchos de éstos, que antes, desde el punto de vista de derecho polí-

tico, constituían partes separadas, han logrado la unidad mediante el establecimiento de autoridades supremas unitarias.

Juntamente con las funciones y empleos, fórmase lentamente en las monarquías absolutas un firme derecho al desempeño de los mismos. En este derecho y en la constitución interna de las funciones, en la instauración de procedimientos, en la tradición administrativa que va unida á cada autoridad, existen garantías ciertas contra la arbitrariedad de la administración y modificación de las competencias de los funcionarios. La propia independencia de la función judicial respecto de la administración, encuéntrase ya en los Estados absolutos de la época moderna. Así, pues, la monarquía absoluta tiene también su Constitución, cuyos fundamentos descansan en la delegación, permaneciendo siempre el monarca lo sustancial y atribuyéndose la competencia á órganos mediatos. Se diferencia esta Constitución en que el monarca puede, en toda ocasión, llamarla de nuevo á sí, en que no existe ningún órgano independiente que tenga poder jurídico para impedir una acción del monarca y para fiscalizar la actividad de las autoridades, y en que la observancia de las limitaciones constitucionales depende exclusivamente de la voluntad, conforme al derecho, del monarca y de sus autoridades.

La experiencia primitiva de que el poder absoluto conduce al abuso, planteó ya en la antigüedad, como un problema fundamental de política práctica, el de la limitación del poder y el de la conservación de su funcionamiento conforme á ley. Como medio principal para su solución, ofrecía el Estado antiguo la división de las competencias del Estado, de modo que se creara una variedad de órganos cuyo campo de acción quedara limitado legalmente, y en el cual obrasen con completa independencia de todos los demás. Esta idea fué llevada á cabo de un modo admirable en el sistema de las magistraturas de la república romana, las cuales se limitaban unas á otras, pero no tenían auto-

ridad para determinarse mutuamente en lo que se refería á sus contenidos. Así, pues, ninguna dependía de la otra, y *par maiorve potestas*, podía ser anulado el acto de un magistrado igual ó mayor, pero no ordenársele.

Sobre otras circunstancias históricas descansa la monarquía limitada de la Edad Media y de la época moderna, la cual se esfuerza por limitar de una manera permanente el poder de los monarcas y asegurar el respeto de los límites establecidos por la Constitución. Ello no procede de una división racional de la competencia en el Estado unitario, sino de la formación dualista del Estado feudal de la Edad Media. Los dos elementos del Estado, rey y pueblo, especialmente aquél, entendido como la totalidad de los que ejercen la soberanía, encuentra ante sí á los miembros del pueblo, quienes aparecen al comienzo frente aquél como sujetos substantivos de derecho cuyas relaciones mutuas descansan en un pacto, por medio del cual se exterioriza de un modo permanente. De aquí se sigue una limitación del poder monárquico por el reconocimiento de derechos á las clases.

La forma primera de la monarquía limitada, es, pues, *la de clases ó brazos*. Su tipo consiste en que el monarca es limitado en su gobierno por la participación de las clases reunidas en corporaciones, ó mediante los mandatarios que las representan, y, además, mediante la posesión y ejercicio de determinados derechos de soberanía por la totalidad de las clases y miembros particulares de ellas. En la monarquía de clases, el derecho del príncipe y el de éstas aparece como igualmente originario y substantivo, es decir, como un derecho propio, no derivado de la unidad del Estado que abrazase á ambos, si bien mediante una lucha perenne trate una parte de determinar á la otra.

La nota peculiar de las *clases* se encuentra, en su personalidad substantiva, frente á la autoridad del Estado, personifi-

cada en el príncipe, así como en el derecho propio, de todos y cada uno de los miembros provistos de voz viril, ó de las asociaciones representadas por mandatarios. Éstas, dentro de la concepción de las clases, no son nunca órganos, sino sujetos substantivos de derecho. Las clases son, pues, en su forma más característica, corporaciones formadas por sujetos de derechos independientes que no tienen la cualidad de órgano, que representan su derecho y sus intereses, y los cuales pactan ó luchan con el príncipe como con otro sujeto de derecho independiente, é intentan hacer responsables á los consejos del príncipe (1), llegando á tener administración propia, ejército y, más tarde, hasta organización económica propia, é incluso representación exterior mediante embajadas (2); de aquí que, según nuestro concepto moderno, representen un Estado dentro del Estado. Su derecho se distingue del que pudiéramos denominar Estado perteneciente al príncipe, atendiendo á dos direcciones, de una parte, frente al príncipe, el cual ha de contar con su fidelidad de vasallo en época de guerra, durante la edad de vigor, con sus donaciones voluntarias para com-

(1) Nuestra moderna responsabilidad ministerial procede del Estado dualista, y sólo se le puede encontrar en Inglaterra en la Edad Media. Véase la prueba de ello en Schvarcz, *Montesquieu und die Verantwortlichkeit des Räte des Monarchen in England, Aragonien, Siebenbürgen und Schweden* (1189-1748), 1892. Véase la literatura moderna sobre el Estado de clase en el tomo I, nota á la pág. 407, y además Tezner, *Technik und Geist des ständisch-monarchischen Staatsrechts (Schmollers Forschungen)*, XIX, 3, 1901.

(2) En 1790 exigían aún los estados ó clases de Hungría, de Leopoldo II, que los enviados de este país tomaran parte en el tratado de paz con los turcos; A. Wolff-Zwiedinek-Südenhorst, *Osterreich unter Maria Theresia, Joseph II und Leopold II*, 1884, página 352.

pletar los dones y regaldas con que poder atender á las necesidades del Estado, y para mejorar su economía privada. Conforme á las relaciones concretas del poder, ha de estar sometido á la fiscalización del príncipe, limitado por los derechos de aquél ó compartiendo con él la autoridad. Así pues, respecto de sus súbditos tiene derechos de autoridad cuyo ejercicio está sometido á la inspección del príncipe, fiscalización que se ejercita aun en la más alta jurisdicción, pero que muy á menudo carece de importancia práctica. Por tanto, en el tipo ya desenvuelto del Estado de clase dominan dos poderes, separados uno de otro, ó que viven el uno junto al otro y aun en parte, uno contra otro.

Estas relaciones fundamentales entre Corona y Estado afectan diferentes formas. Conforme á la nota peculiar de cada Estado concreto, aparece, ya la Corona, ya el cuerpo de los Estados ó clases, como el elemento más poderoso, lo cual viene á dar el tono á la vida toda de aquél. La unión de ambos elementos en una unidad sólo parece posible en muchos Estados mediante la suspensión de la independencia de uno de ellos, de modo que el fin de la lucha es, ó la monarquía absoluta, ó la república de clases. En infinidad de Estados continentales ha habido varias tentativas, en el curso de la evolución del Estado de clases, para transformarlas en órganos. Se las considera á menudo como la nación política, y, por consiguiente, como representantes del pueblo en general (1). A esta consideración ha precedido generalmente, iniciando la corriente, la literatura del Derecho Político. Las reclamaciones y quejas del Reichs-

(1) Así, por ejemplo, en Francia en 1484. Véase Mestre, obra citada, pág. 11. Sobre el carácter representativo de las clases en los territorios alemanes, véase v. Below, *Territorium und Stadt*, pág. 244 y sigs.

*tag* y el *Landtag*, no valen tanto como quejas de las clases ó Estados cuanto como quejas de los países mismos. Esta idea de carácter representativo no puede mostrarse jamás con claridad en el Estado de clase, porque en él desempeñan un gran papel los privilegios y las preeminencias de aquéllas y de los individuos, y además, porque como á una gran parte del pueblo le falta la libertad personal, no se logra alcanzar un concepto unitivo del pueblo. En muchos Estados permanecen las clases en esta forma híbrida hasta el siglo XIX. Así, en Suecia, en Hungría y en algunos territorios alemanes, hasta la época de la Confederación germánica. Aún hoy día encuéntrase en Finlandia y en Mecklenburgo restos del antiguo Estado de clases, con su dualismo, el cual lleva consigo el sello de una época que mediante el predominio decisivo de la Corona, reduce el cuerpo de las clases á una corporación de Derecho Público dentro de la forma unitaria del Estado monárquico.

Partiendo del Estado de clases, y en oposición manifiesta con él, ha nacido el Estado moderno, el cual ha superado el dualismo de aquél. En el continente, prescindiendo de los residuos de que hemos hablado, ó triunfó el absolutismo ó la república de clases, que prepara la atomización del Estado. En Inglaterra ha tenido lugar de otro modo el proceso evolutivo; allí se ha llevado á cabo lentamente la transformación de las clases del reino en órganos del Estado, dando lugar á la monarquía constitucional.

Esta es un tipo de Estado unitario, á distinción de la monarquía de clases, que es dualista. Junto al rey, y sobre el rey, dotado de la *major potestas*, está el Parlamento ó las Cámaras como órgano inmediato del Estado. Estas no son jamás personas jurídicas, no son corporaciones de derecho público, sino órganos del Estado organizados colegialmente y divididos por el sistema bicameral en grupos independientes. Ellas, como el monarca, están en el Estado, y sólo partiendo de éste se las

puede explicar. Las funciones de la Cámara son legislativas, pues sólo lo acordado por ellas puede adquirir el valor de ley; además, dan su conformidad á los actos más importantes del gobierno y fiscalizan la administración, razón por la cual son los ministros responsables ante las Cámaras. En los Estados constitucionales el monarca está limitado en todos los órdenes de la actividad estatista, y sólo se le concede un breve campo de actividad personal, que no está sometido á responsabilidad alguna. La votación de las leyes y fiscalización del Parlamento, el requisito de la firma ministerial para los actos del monarca y la independencia judicial, son las notas esenciales del Derecho Político de una monarquía constitucional; pero el punto de vista más importante para conocer su peculiaridad, lo ofrece el estudio de la relación de sus dos órganos inmediatos.

Circunstancias históricas muy singulares, y, por tanto, que no pueden repetirse, son las que han dado origen á la transformación de las clases del reino inglés en órganos del Estado. Pero tres circunstancias, sobre todo, son las que han influido en este proceso. De una parte el carácter hondamente monárquico del Estado inglés, que determina un enlace íntimo de sus instituciones con el rey, al punto que todo el derecho público aparece como teniendo su principio en el derecho real. Jamás se ha olvidado en Inglaterra el origen estatista y, por tanto, real de las preeminencias de los barones y corporaciones, y el carácter de funcionario de todos los que estaban encargados de ejercer un poder. La idea de la unidad del Estado muéstrase ya en la época de Guillermo el Conquistador, el cual, al hacer el reparto de la tierra en grandes propiedades, sólo satisfizo un fin económico, de igual suerte que al obligarles personalmente á la obediencia respecto del rey; todo lo cual está en oposición con el desmenzamiento feudal de Francia en el siglo XI. En Inglaterra no ha dejado el Estado feudal huella tan honda como en

el continente (1). En segundo lugar, la guerra de las dos rosas hubo de ser causa de que, mediante el cambio de dinastía y la incertidumbre sobre la persona del rey, se atribuyese á las clases del reino el carácter de titulares indudables del poder del Estado, las que debían, en última decisión, acordar quién había de ser reconocido como rey. Finalmente, el Parlamento es la cima de la organización judicial y administrativa del reino, y, por consiguiente, hubo de nacer pronto la convicción de su naturaleza de órgano. No sólo la situación de órgano de la Corona, sino la del Parlamento, ha sido reconocida por vez primera en Inglaterra, y ha transcendido á la teoría jurídica.

En las relaciones entre rey y Parlamento han tenido lugar grandes transformaciones, después de restablecerse la paz interior con el llamamiento al trono de los Tudores. No hay duda alguna de que fué en época de éstos cuando la Corona adquirió un poder supremo. Pero esta situación cambia en la lucha de los Estuardos con el Parlamento. El hecho de la restauración de los Estuardos descansa ya en el consentimiento de éste. Así es que desde la revolución de 1688, que reconoce como soberano á quien el Parlamento había llamado, se muestra el predominio de éste, predominio que se revela de una manera decisiva mediante una nueva modificación en la sucesión de la Corona y el carácter de dinastía reinante que se concede á los Welfes, casa extraña al país. Pero este predominio sufre muchas oscilaciones con las nuevas casas soberanas antes de afirmarse (2).

(1) Véase sobre esto especialmente Stubbs y Gneist, y en la literatura moderna el bosquejo sugestivo de Boutmy, *Le développement de la Constitution et de la société en Angleterre*. Nueva edición, 1898, pág. 13 y sigs.

(2) Explicaciones más detalladas acerca del origen y naturaleza del gobierno parlamentario en Inglaterra, no son de este

Así aconteció especialmente desde que fué exaltada al trono la reina Victoria. El principio de la solidaridad política de los miembros del Gabinete, según el cual necesita cambiar con el primer ministro todo él, se señala de un modo que no deja lugar á dudas, á partir de la caída del ministerio North (1782), por un voto de censura de la Cámara de los Comunes. Hasta el primer *Bill* de reforma (1832), los miembros del Gabinete procedían principalmente de la Cámara alta. La disolución de la Cámara de los Comunes, como medio del Gabinete para apelar á los electores contra la mayoría dominante, fué puesto en práctica por vez primera por el joven Pitt (1784). Además, hasta la época de la reina Victoria, los monarcas de la casa de Hannover, especialmente desde Jorge III, habían intentado que prevaleciese su voluntad contra la del Parlamento, lo que á menudo lograron, no tanto á causa de haber desplegado un poder positivo, cuanto por intrigas de camarilla contra los Gabinetes que no les eran agradables (1). Realmente, desde la caída del Gabinete Melbourné,

lugar. Me remito á mi trabajo sobre la *Entwicklung des Ministeriums in der constitutionellen Monarchie Grünhuts Zeitschrift*, X, página 321; R. Schmidt, II, pág. 747, nota, trata de rectificar la opinión corriente, pero á su parecer errónea, de la formación lenta de la monarquía parlamentaria (véase acerca de esto especialmente Gneist, *Englische Verfassungsgeschichte*, pág. 688), y se apoya para ello en instituciones legales que han ayudado á los orígenes del parlamentarismo. Estas leyes conocidísimas están incluidas desde Hallam en todas las buenas historias constitucionales de Inglaterra, y fueron ya tenidas en cuenta por Gneist, ob. cit., págs. 634 y sigs., 684 y sigs. De otra parte, no hay duda de que el sistema parlamentario es hoy enteramente otro del de la época de Guillermo III, y que su historia complicada no es posible aclararla con unas cuantas palabras polémicas. Sería, por tanto, digno de ser señalado á quién y qué quiere corregir propiamente Schmidt.

(1) En general, se desconoce el influjo enorme que ha teni-

se puede hablar de un régimen parlamentario en Inglaterra con predominio indudable de la Cámara de los Comunes (1).

do la Corona, dentro del sistema parlamentario, en los inmediatos predecesores de la reina Victoria. El conocido historiador de la Inglaterra moderna, Mac Carthy, principia su obra (*A history of our own times*, nueva edición, I, Londres, 1882, pág. 12) con la observación de que con la muerte de Guillermo IV termina la era del régimen personal en Inglaterra, pues que este rey usaba aún del derecho de despedir caprichosamente á sus ministros: [«King William still held to and exercised the right to dismiss his ministers when he pleased, and because he pleased.»]

(1) El Gabinete Melbourne presentó su dimisión en 7 de Mayo de 1839, porque no estaba seguro de la mayoría de la Cámara de los Comunes. La reina encargó de formar nuevo Gabinete á Roberto Peel; pero como éste pidiera la destitución de las damas de la corte que pertenecían al partido Wigh, y le fuera esto rehusado por la reina, que se consideró lastimada, Peel renunció á la formación de Gabinete. Fué de nuevo constituido el Gabinete Melbourne, que sufrió en el Parlamento repetidos fracasos. A consecuencia de un voto de censura acordado por un voto de mayoría en 4 de Junio de 1841, se disolvió la Cámara de los Comunes, y como fuese elegida una gran mayoría de oposición cayó de nuevo el Gabinete Melbourne en 30 de Agosto de 1841, para dar lugar de nuevo al ministerio Peel. Hacía, por tanto, más de dos años que los asuntos habían sido dirigidos sin una mayoría manifiesta. (Véase una exposición detallada en Todd, *Ueber die parlamentarische Regierung in England*, traducido al alemán por Assmann, I, 1869, pág. 110 y sigs.; y también Mac Carthy, I, pág. 132 y sigs.) De aquí data el sistema que hoy domina en Inglaterra, y no está excluido el que, aun cuando las relaciones parlamentarias sigan siendo las mismas, llegue á tomar este sistema otro tipo con otro rey. De todas suertes, hoy aún, cuando los partidos opuestos casi se equilibran, es la Corona la que decide. La importancia política de la actual realeza, no puede ser considerada tan escasa como comúnmente se cree. Incluso un escritor que estima tan poco el

En la historia de Inglaterra aparecen, pues, sucesivamente las tres monarquías limitadas de la Edad Media y de los tiempos modernos: la de *estados* ó clases, la constitucional y la parlamentaria. De ellas, la primera y la segunda son susceptibles de una concepción netamente jurídica, en tanto que la tercera forma una especie política de monarquía que descansa sobre las relaciones concretas de poder de los dos órganos inmediatos de Estado; esto es, se trata de una manera de ejercer el gobierno, pero no es una forma de Estado estrictamente jurídica. Así lo confirma el predominio del Parlamento sobre el monarca, predominio que se manifiesta en la necesidad en que se encuentra el monarca de elegir los ministros en cada ocasión de entre la mayoría parlamentaria; es un compromiso impuesto por las relaciones políticas reales entre Corona y Parlamento, que no puede jamás expresarse en la letra de la ley, porque entonces quedaría enteramente destruída la forma monárquica del Estado; no sería jurídicamente el rey, sino el Parlamento, el soberano en este caso, y al monarca no le correspondería sino ser ejecutor de las decisiones parlamentarias, lo cual contradice las intenciones mismas de la Constitución, que si bien limita el poder del rey, afirma siempre la monarquía. La de régimen parlamentario que en Inglaterra hubo de formarse (1),

poder real de la Corona, como Bagehot, reconoce el papel importante que juega en la vida del Estado, y que da al monarca parlamentario una gran ventaja sobre el presidente de una república. (Véase también en este mismo capítulo II, c, y Hatschek, *Englische Staatsrecht*, I, pág. 665 y sigs.)

(1) Hasta ahora no se ha hecho una investigación estrictamente científica de la naturaleza jurídica de la actual soberanía del Parlamento en Inglaterra. En tanto que la antigua teoría oficial, tal como la expone Blackstone, ignora totalmente el Gabinete como institución extraña á la ley (lo cual sigue aún ocu-

ha penetrado también en una serie de Estados continentales sin haber llegado nunca á ser considerada una institución constitucional (1), lo que no sólo es de grande importancia para el Derecho Político, sino para la práctica política. A causa de esto disponen las Constituciones de una mayor flexibilidad para adaptarse á las circunstancias, lo cual, en las crisis difíciles de los Estados, especialmente parlamentarios, puede tener un gran valor, dada la posibilidad para la realeza de permanecer independiente desde el punto de vista formal jurídico. Ni una sola vez se ha conseguido en la actual república francesa elevar al carácter de institución permanente la forma de gobierno parlamentaria, á pesar del deseo manifiesto de ello (2),

riendo), es considerado, por lo común, el gobierno parlamentario en su situación actual como una institución jurídica. Dicey ha tomado una actitud media, guiado á ello por Freemann (*The Growth of the English Constitution*, 1872, pág. 109 y sigs.). Dicey distingue entre *Conventions of the Constitution*, que son las únicas que tienen un carácter jurídico, y las *law of Constitution*, que son aquellas de que conocen los Tribunales. Mas para nuestra ciencia, que trabaja con conceptos mucho más precisos que la inglesa, continúa siempre abierta la cuestión de hasta qué punto se trata de un derecho consuetudinario ó de normas meramente políticas. Así, por ejemplo, Dicey incluye (pág. 369) el principio de que el Parlamento debe ser anualmente convocado, á pesar de todas las garantías (necesidad de la aprobación anual del *mutiny act* y del presupuesto), no entre las reglas jurídicas, sino entre las reglas convencionales, porque no se funda ni en el *Common law* ni en el *Statute law*. Hatschek, *Englische Staatsrecht*, I, pág. 542 y sigs., ha mostrado que una parte de estas pretendidas reglas convencionales son realmente reglas de Derecho.

(1) Que el rey, conforme á la Constitución, puede elegir libremente los ministros, es lo que afirma expresamente con respecto á Bélgica Vanthier, ob. cit., pág. 51.

(2) «Théoriquement, c'est le Président de la République qui

pues se ha comprendido que esto podría producir, en determinadas circunstancias, la debilitación exterior y hasta la paralización del gobierno (1).

A imitación de las formas políticas inglesas y americanas, no obstante el carácter republicano de éstas, ha sido aceptado en las monarquías continentales el sistema constitucional—después del impulso que hubo de darle la revolución francesa,—con excepción de Rusia. En todos estos Estados existen dos órganos inmediatos, independientes entre sí en lo que respecta á la esfera de la voluntad de cada uno, no estando, por consiguiente, ninguno sometido al poder coactivo ú ordenador del

forme le ministère; et aucun texte ne lui défend de prendre ses ministres, où il veut et comme il lui plait, de les choisir lui-même un à un, pour les grouper ensuite comme il le peut.» Lefebvre, *Etude sur les lois constitutionnelles de 1875*, París, 1882, página 103. De hecho Mac-Mahón nombró, en 23 de Noviembre de 1877, un ministerio Rochebonet, extraordinario, con el que se negó á entrar en relación la Cámara de los Diputados, á causa de lo cual hubo de ser nombrado, en 13 de Diciembre de 1877, el Gabinete Dufaure.

(1) El gobierno parlamentario sólo ha sido establecido constitucionalmente en algunas colonias. Es de importancia el hacer notar que los ministros en Australia, *Constitution of Commonwealth of Australia*, art. 64, no pueden ejercer su cargo por más de tres meses si no son miembros del Parlamento federal. Pero la Corona inglesa puede no prestar su consentimiento á las leyes australianas, y en tales circunstancias no hay responsabilidad del ministerio australiano ante el Parlamento federal, sino que sólo existe la del ministerio del imperio ante el Parlamento de éste. Por esto, la limitación parlamentaria de la Corona mediante los gobiernos coloniales es incompleta, de donde se deduce este hecho importante: que en puntos de gran transcendencia, se extiende la legislación y administración imperial á las colonias en general. (Véase, por ejemplo, Moore, ob. cit., pág. 142.)

otro. El monarca puede poner en actividad al Parlamento ó suspender éste; pero dentro de los límites legales, lo que no puede es determinar el contenido de su actividad. Al Parlamento, á su vez, le es dado poner obstáculos mediante sus decisiones á los actos del monarca, y sobre las decisiones de éste puede él mismo influir, ejerciendo sus atribuciones, pero nunca imponer su voluntad jurídicamente al monarca. El dualismo que antiguamente dividía al Estado en dos mitades equivalentes, se ha transformado en la monarquía constitucional en un dualismo de los órganos inmediatos.

En las relaciones de estos dos órganos inmediatos, se pueden señalar *a priori* tres posibilidades políticas: predominio del monarca, predominio del Parlamento, ó equilibrio de ambos. El último caso es el menos verosímil políticamente, porque las relaciones sociales de poder, que son el fundamento de la política, es raro que permitan un completo equilibrio de dos factores constantes del poder político, y si esto ocurre, es siempre de un modo muy contingente. Pero á este caso improbable es al que se refiere precisamente la doctrina de Bolingbroke, Swift y Montesquieu sobre la balanza de los poderes. Las otras dos posibilidades, por el contrario, se realizan en cada Estado concreto según las situaciones históricas y sociales. Aquellos Estados en que el Parlamento es el poder más alto y firme frente á la monarquía (tal como en Inglaterra lo muestra la historia de su Parlamento, larga, rica y movida), como ocurre en Noruega, Bélgica, Grecia, Italia, España, Portugal, Rumania, en una palabra, en cuantos han nacido mediante revoluciones, ó cuyas dinastías no están unidas por lazos seculares con el pueblo, todos ellos, decimos, se ven conducidos naturalmente hacia una monarquía parlamentaria, á causa del predominio político que ofrece el Parlamento. De otra parte, en los Estados donde la Corona es el poder más antiguo y sólido, cuya situación nunca ha sido hondamente conmovida por revoluciones profundas, nace el

Parlamento, si bien bajo el impulso de circunstancias históricas, por un acto formal de liberalidad del monarca, que les otorga una Carta constitucional. Jurídicamente, estas Constituciones aparecen como autolimitaciones del monarca, pues el Parlamento no tiene otra competencia que la que le atribuye la Constitución, y en los casos dudosos la cuestión se resuelve á favor de la competencia é ilimitación del monarca. En este principio de derecho radica la esencia jurídica del principio monárquico. En tales Estados predomina el monarca políticamente, á pesar de su limitación.

Hasta qué punto las relaciones concretas entre Corona y Parlamento se encuentran condicionadas por las circunstancias históricas de cada caso, se ve muy claro cuando se compara la situación del monarca en los Estados de Austria y Hungría, unidos por una unión real. En tanto que en la segunda la antigua Constitución por *clases* iba limitando al rey y se transformaba en constitucional, en Austria la Constitución fué un acto gracioso del emperador absoluto. Allí se ha desarrollado un gobierno parlamentario; aquí sólo ha existido de un modo pasajero. Mas en lo que respecta á los asuntos comunes, es enteramente imposible un gobierno parlamentario, porque dadas las diferencias de las relaciones de partido en cada uno de los Estados, no pueden tener ambas delegaciones una mayoría con unidad. Estos asuntos comunes, especialmente la representación internacional y las cuestiones de guerra, son aquellos respecto de los cuales el soberano de la monarquía tenía en otro tiempo un poder enteramente ilimitado. También está excluido, á causa de las circunstancias históricas y políticas, el gobierno parlamentario del gobierno alemán, en parte á causa de la situación del canciller del imperio como ministro prusiano, lo cual exigiría el gobierno parlamentario al propio tiempo en Prusia, y esto no es posible, porque las mayorías del *Reichstag* y del *Landtag* son completamente distintas; de otra parte, á causa del

*Bundesrat*, el cual desaparecería como factor independiente de gobierno del imperio, pues perdería absolutamente toda importancia junto al emperador y al *Reichstag* y ante un canciller imperial parlamentario (1).

Las dos posibilidades se han realizado en las monarquías constitucionales actuales, y han aspirado igualmente á tener una expresión jurídica. La monarquía parlamentaria, como tal, no ha sido jurídicamente estructurada; pero no obstante, se ha buscado para ella una fórmula jurídica, así como más tarde para la monarquía en que el Parlamento está subordinado al príncipe.

Ambas fórmulas han sido halladas en Francia. Bajo el influjo de Rousseau y de la legislación constitucional americana, á partir de 1776, ha sido considerada la soberanía popular como el fundamento evidente de la Constitución. El rey, en consecuencia, recibe del pueblo sólo un poder delegado, y no es sino el mero ejecutor de la voluntad popular expresada en las leyes. En oposición á este principio democrático, que aparece por vez primera en la Constitución francesa de 1791, se encuentran aquellas Constituciones que tomaron como modelo la carta de Luis XVIII y proclamaron el principio monárquico atribuyendo todo el *imperium* al monarca, no siendo las Cámaras sino participadoras en el ejercicio del mismo. En tanto, pues, que la Constitución inglesa se ha desenvuelto en la historia, acompañada, sin duda alguna, pero no influida por teorías abstractas, las Constituciones continentales son producto de teorías generales, á las que se eleva, con todas sus faltas, á fundamentos del derecho positivo.

(1) Esto ha sido puesto de manifiesto por un crítico americano muy objetivo y conocedor de la situación alemana. Véase Lawrence Lowell, *Government and Parties in Continental Europe*, Boston and New-York, 1896, II, pág. 67 y sigs.

El tipo democrático del Estado constitucional en el continente es el parlamentario. La fundamentación de la realeza sobre la soberanía del pueblo, ó lo que es lo mismo, sobre la soberanía nacional, como ocurre en la Constitución belga, no tiene ninguna consecuencia jurídica en lo que respecta á la situación del rey respecto del pueblo. El principio según el cual el rey sólo tiene los derechos que expresamente le atribuye la Constitución — principio que está, por tanto, en oposición con aquellos Estados en que el poder del rey es el que prevalece, — se presume en caso de ir contra la competencia del monarca; pero este principio carece jurídicamente de importancia, porque al rey le son dadas todas las atribuciones que corresponden á su situación dentro de la Constitución, y apenas si es posible que surjan dudas (1). Pero aun cuando se dudase de un derecho del rey, no se podrá *de jure* atribuir este derecho según la letra de la Constitución al Parlamento, porque éste sólo está dotado de un poder delegado. La nación soberana no tiene, pues, como órgano primario del

(1) Los derechos del rey de Bélgica coinciden completamente con los de la Corona de un antiguo Estado monárquico; á lo más se puede hallar una debilitación del tipo monárquico en la exigencia de que el monarca, para ejercer el poder regio, ha de prestar juramento de fidelidad á la Constitución (arts. 79 y 80), respecto de lo cual se pueden encontrar también analogías en las antiguas monarquías. (Véase, por ejemplo, la situación del rey, aún no coronado, en Hungría.) Una distinción jurídica esencial sólo puede hallarse en la situación de las Cámaras, las cuales (Const. art. 70) sólo pueden reunirse ordinariamente en un día determinado, incluso sin ser convocadas por el monarca. Otros derechos de las Cámaras belgas, tales como el derecho á votar el presupuesto, el de la aprobación de los tratados internacionales, por ejemplo, pueden ser encontrados también en los antiguos Estados monárquicos.

Estado, ni un derecho para dirigir las acciones de éste, ni para confirmarlo; de suerte que no es la nación jurídicamente el órgano supremo del Estado, sino el rey. Pero esta Constitución y otras análogas expresan el hecho histórico de haber nacido por obra de un poder democrático. Las disposiciones que hemos enumerado muestran su origen, y prueban, desde un punto de vista político, las relaciones de poder entre los factores del Estado. La situación de las Cámaras como representantes de la nación, está en estas Constituciones tanto más acentuada cuanto que la teoría de la democracia europea que se perfecciona en Francia está en oposición con el principio americano de la coordinación de los poderes, y trata de conceder al órgano legislativo una situación de predominio sobre el ejecutivo. No es la nación, sino las Cámaras, las que en casos dados hacen valer el derecho originario del pueblo contra el rey, que intenta extender el campo de su competencia. Por esto la monarquía parlamentaria es el modelo que se proponen estas Constituciones, aun cuando no esté expresamente dicho. Sólo en esta forma puede tener algún sentido práctico-político el reconocimiento del principio democrático. El expreso reconocimiento de éste únicamente puede, por lo demás, ser suplido por las relaciones históricas concretas, bajo las cuales es dirigida la vida de la Constitución; así acaece, por ejemplo, en Italia. El estatuto sardo de 1848 está formado según el modelo de la Carta francesa de 1814, y ha advenido hoy la Constitución del reino de Italia; pero en tanto que en Cerdeña predominaba el poder de la realeza, en la Italia formada por la enérgica colaboración de las fuerzas revolucionarias se ha desenvuelto el gobierno parlamentario.

Así, pues, la monarquía parlamentaria descansa en el continente, no obstante haber intentado copiar el modelo inglés, sobre bases enteramente distintas de las de éste. En Inglaterra es producto de una larga evolución histórica; en el continente

26/11/74

resultado de teorías abstractas. Por esto se distingue la monarquía parlamentaria del continente, en la realidad, como una especie derivada de su original británico. Los ingleses, con sus partidos aptos para la vida de gobierno y el conocimiento de la importancia de un gobierno fuerte, han atribuido la dirección de la vida del Estado, no á la Corona, sino al Gabinete, á pesar del influjo del Parlamento y de la fiscalización y colaboración de éste en la administración; en tanto que en el continente, trastrocando las relaciones naturales, el Parlamento considera á menudo al Gabinete como su servidor subordinado y dependiente de sus órdenes circunstanciales (1). Además, como no puede ser por menos, el sistema parlamentario adopta en cada Estado una fisonomía particular. Tratar esto con más detalles es problema que corresponde á la teoría especial del Estado.

La monarquía constitucional presenta, pues, dos tipos, y dos posibilidades se ofrecen asimismo respecto á la situación jurídica de las Cámaras: ó la voluntad de éstas, conforme á la Constitución, pueden llevar á cabo un acto de soberanía del Estado de un modo independiente, ó no. En Inglaterra, la ley es un acto de voluntad de ambas Cámaras y del rey. El Parlamento ordena: *be it enacted by the kings most excellent Majesty by and with the advice and consent of the Lords spiritual and temporal and the Commons in this present Parliament assembled and by the authority of the same.* La ley vale expresamente porque tiene como fundamento la autoridad del Par-

(1) Este sistema y sus serias consecuencias han sido estudiadas de un modo fundamental, en lo que respecta á las monarquías parlamentarias del continente, por D'Eichthal, ob. cit., pág. 218 y sigs. Véase también E. Loening, *Die Repräsentativverfassung in XIX Jahrhundert*, 1899, pág. 26 y sigs.

lamiento, que de esta suerte toma parte en la substancia misma del acto de voluntad legislativo. En los Estados continentales en que predomina la realeza, el acto de voluntad legislativa es un acto exclusivo del monarca, á que da su asentimiento el Parlamento. Allí éste es independiente; aquí es un órgano dependiente, al menos para la mayoría de los casos. Se distingue principalmente el Parlamento del monarca, en general, en que él, por sí solo, no puede realizar un acto de *imperium* que obligue de un modo inmediato á las súbditos. Incluso cuando el orden de hacer la ley parte del Parlamento, es indispensable la sanción del monarca para la perfección de esa orden. La ley es un acto de voluntad común del rey y del Parlamento. De esta regla nacen, como ya hemos visto, algunas excepciones. Las más importantes se encuentran en Inglaterra, donde el carácter de autoridad, análogo al de los funcionarios, que ostenta el Parlamento, se manifiesta en que ejerce una amplia autoridad jurisdiccional sobre sus miembros, y en virtud de sus privilegios, puede llamar á su seno á enjuiciar á personas que le son extrañas.

### III. La república.

#### 1.—La naturaleza de la república.

La formación monárquica de las instituciones estatistas tiene una estrecha relación con la guerra, que pugna por concentrar la dirección del Estado en unas solas manos. Por esto la monarquía apareció en el mundo antiguo como la forma normal del Estado, tan pronto como hubo de fijarse el sistema del mismo. Esto no sólo cabe decirlo respecto de los pueblos sedentarios del Oriente, sino de los países donde más tarde se han formado Estados republicanos; en las Ciudades-Estados de Grecia é Italia, la república no es la forma primitiva del Estado,

sino que ha nacido en oposición á una organización monárquica que hubo en el comienzo, cuyos detalles no nos han sido transmitidos de modo que podamos emitir un juicio acabado sobre ella.

Los orígenes de la república en Roma son claros, y su proceso de formación parece ser típico del Estado-ciudad. La república apareció allí en oposición intencional á la monarquía; es más, en la conciencia de sus fundadores era simplemente *no monarquía*. Su contenido originario estaba reducido á la negación del dominio de uno solo, lo que se expresaba con la palabra de que se servían para designarla: «Para los romanos, *res publica* correspondía exactamente á lo que los ingleses llaman *commonwealth*, y designaba exclusivamente lo que es común. La Constitución modificada no encuentra un nombre político con que denominarse, y es considerada, desde el punto de vista negativo, como la repulsa de la representación de la comunidad por una sola persona y de por vida, así como la negación del nombre que hasta entonces había usado» (1). La concentración del poder en las manos de un solo hombre, es para la conciencia del pueblo de tal suerte típica para designar la forma de Estado, que toda otra forma posible de éste la considera como opuesta á la monarquía.

Esta oposición es, aún hoy, de importancia fundamental para conocer la esencia de la república. Hoy mismo se la puede concebir como la *no monarquía*, como la negación de la dirección del Estado por una persona física. La gran importancia de esta oposición se ve muy clara si se reflexiona en que, en la monarquía, la voluntad suprema corresponde á una persona individual determinada, que está representada, por decirlo así, corporalmente, en tanto que en los Estados no monárquicos, cualesquiera

(1) Mommsen, *Abriss*, pág. 84.

que sean las formas que adopte, no coincide jamás el órgano de poder supremo con la voluntad individual de la persona física que es titular de este órgano, y, por tanto, jamás puede llegar á ser susceptible de expresión visible. Tanto política como jurídicamente, esto es de la mayor importancia. El más alto poder del Estado nunca se forma en las repúblicas exclusivamente por proceso psicológico, sino que es la voluntad de un grupo mayor ó menor; pero este grupo tiene una existencia puramente jurídica, lo cual lo diferencia con toda precisión de las personas individuales que lo forman. Su voluntad es distinta de la de los diversos individuos que la integran, y esta voluntad se afirma mediante un proceso jurídico y en virtud de reglas establecidas por la Constitución. Por esto la república es mucho más difícil de comprender para las inteligencias simples que la monarquía, en las que toda la actividad del Estado es sensiblemente perceptible.

La república que se nos presenta de esta suerte como una oposición á la monarquía, debe ser justificada también como una categoría positiva. Desde el punto de vista jurídico formal sólo se pueden señalar, dentro del tipo de república, distinciones cuantitativas, pero no cualitativas. El círculo de las personas que forman la voluntad dominante puede ser mayor ó menor, lo que es de grande importancia para el aspecto político y social; pero jurídicamente no se puede crear ninguna categoría opuesta á la república de un modo independiente. Aristocracia, oligarquía, timocracia, democracia y cualquiera otra forma de Estado, además de la monarquía, que pueda haber distinguido la antigua ó la moderna ciencia del Estado, sólo cabe considerarlas, desde un punto de vista lógico, como variedades del gran *genus* república, y aun en este sentido únicamente valen en tanto se puedan establecer distinciones formales, precisas entre ellas, y no sólo por las analogías fluctuantes que hemos señalado, ni por identidades que puedan ofrecer los elementos

sociales tomados como principios de división. Además, la voluntad suprema y decisiva en la república puede estar formada de muchos más diversos modos de lo que cree el común sentir. Puede corresponder la soberanía á una persona jurídica que esté fuera del Estado; puede la ley asignar á una de las personas directoras el predominio, y entonces nos acercaremos al tipo de la monarquía; puede poseer el poder supremo una variedad de colegios distintos entre sí, pero que obren de común acuerdo, y también pueden reunirse para formar una república una variedad de monarcas. Por esto el imperio alemán, donde la soberanía corresponde á la unidad de los gobiernos confederados, cae dentro del tipo de la república. La mayor parte de los escritores alemanes que han consagrado algún trabajo al Derecho Político alemán, vacilan, guardan silencio al tratar la forma de Estado del imperio. Algunos lo consideran como pleonocracia (1); pero esto no es sino una nueva palabra para designar una cosa antigua, porque república es precisamente soberanía de varios en oposición á soberanía de uno. Que el imperio es una república, lo ha reconocido nada menos que Bismarck (2). Este ejemplo muestra justamente lo que puede separar, aun en nuestros días, á una re-

(1) Zörn, I, pág. 90; Gareis, pág. 38. Es preferible la opinión de G. Meyer, partiendo de la antigua división *tripartita*, considerar al reino como una aristocracia constitucional, *Grundsätze des norddeutschen Bundesrechts*, 1868. Gefleken, ob. cit., pág. 17, considera el imperio como una oligarquía, que concibe, sin dejar ver el fundamento, así como la monarquía, como una variedad de la aristocracia; Zörn, *Deutsche Literaturzeitung*, página 880, discute contra la doctrina que aquí he mantenido, á pesar de que él no considera al imperio como monarquía, sino, por consiguiente, dado mi sentido, como república. ¡Cuánto terror á una palabra!

(2) Con motivo de la deliberación sobre la Constitución de

pública de una monarquía, y cómo políticamente puede existir entre ambas infinidad de transiciones, no quedando como opuestos sino los fines extremos de los tipos.

Las tres posiciones posibles del monarca respecto del Estado, las encontramos reproducidas en las que pueden existir entre el grupo republicano dominante y la comunidad. La dominación de los sacerdotes, y, según la propiedad en el Derecho Privado, el dominio de una sociedad colonial, representan el tipo teocrático y el patrimonial de la república. En las antiguas repúblicas, así como en las modernas, la idea de la situación de órgano del grupo dominante en el Estado aparece con toda claridad, y si hoy se considera en las repúblicas democráticas al pueblo como el titular del Estado, y se le atribuye á aquél, por consiguiente, una calidad distinta de su situación de órgano del mismo, esto depende de una obscuridad que debe ser atribuida al Derecho Natural (1).

2.—*Las diferentes clases de república.*

Jurídicamente, la división más importante de la república es aquella en que se considera el número y naturaleza de sus órganos inmediatos.

la Confederación de la Alemania del Norte, hacía notar Bismarck, en el discurso de 28 de Mayo de 1867, «que los gobiernos de la Confederación, en cierto modo, eran una república designada mediante las palabras de «gobiernos confederados».

(1) El pueblo, como antes hemos dicho, aparece como unidad jurídica mediante la organización del Estado, y debe ser, por tanto, el titular del poder quien le llame á él mismo á la vida. Esta contradicción se muestra con toda claridad, por ejemplo, en Zörn, I, pág. 89, quien considera al pueblo como la persona natural, titular de la soberanía, según el Derecho Político republicano. Ahora bien: ¿de dónde procede esta personalidad del pueblo?

1. Hay repúblicas que sólo tienen un órgano, único, inmediato y primario. Los tipos principales de éstas son las democracias absolutas ó inmediatas de Grecia. La regla general es la república con una variedad de órganos inmediatos. Este es el caso de Roma; primeramente, en la época de la república en el sentido estricto de la palabra, esto es, desde el fin de la realeza hasta la institución del principado, en que magistrados, Senado, Comicios, eran considerados como órganos que coexistían, y cuya colaboración constituía la voluntad suprema del Estado. Originariamente la supremacía pertenecía jurídicamente á los magistrados y al Senado, hasta que se formó más tarde la teoría de la situación soberana de los comicios, teoría que jamás hubo de llevarse hasta sus últimas consecuencias, pues á los comicios les faltó la iniciativa, y sólo podían obrar en vista de un impulso que procediese de los magistrados.

Roma, en la época del principado, tiene igualmente el carácter de república, con una variedad de órganos inmediatos, en la que el príncipe y el Senado, en forma de diarquía, ejercen la plenitud del poder del Estado. La persistente afirmación teórica de la soberanía del pueblo es de un valor puramente doctrinario, sin importancia práctica. Las ciudades republicanas de la Edad Media estaban dotadas de una pluralidad de órganos inmediatos, y en la actualidad, las ciudades libres alemanas, en las que el Senado y la burguesía forman de consuno el  $\kappa\acute{o}\rho\iota\sigma$ , son el ejemplo de un poder supremo que se manifiesta por la colaboración de órganos personalmente separados. Pero también puede la república ser formada por una variedad de órganos inmediatos, conforme al tipo de la monarquía constitucional. Así ha acontecido en Alemania, donde existen tres órganos inmediatos: *Bundesrat*, *Emperador* y *Reichstag*. El poder supremo corresponde aquí, en virtud de la evolución histórica del reino, á los gobiernos confederados representados por el *Bundesrat*, con privilegios para el emperador, que está al frente; en tanto que

al *Reichstag* le corresponde jurídicamente la situación que tiene el *Landtag* de un Estado miembro alemán. Esta relación jurídica corresponde á las relaciones políticas efectivas entre los gobiernos y el *Reichstag*, pues éste dista mucho de ejercer sobre la dirección de los asuntos del reino el influjo que tiene la representación del pueblo en las monarquías parlamentarias.

La república democrática se ofrece también con una variedad de órganos inmediatos, pero sus relaciones son otras de las que hemos determinado en los casos anteriores, porque en ellas coexisten varios órganos secundarios, ó primarios y secundarios, que logran un punto de unión, en el Estado unitario, en el órgano primario, esto es, en el pueblo. Los Estados democráticos federales tienen una variedad de órganos primarios, los cuales poseen por esta razón un gran número de órganos inmediatos. Así por ejemplo, en los Estados Unidos, pueblos y Estados son los órganos primarios de la Unión, y el Congreso, el presidente y los Tribunales, los órganos secundarios inmediatos de la misma.

2. Según la naturaleza de los órganos inmediatos, aparecen históricamente las siguientes formas de república:

a) *Repúblicas en que el soberano tiene carácter corporativo.*—Una corporación adquiere la soberanía sobre un país ó sobre un Estado ya existente, sin despojarse de su carácter de corporación. A este tipo pertenece la soberanía de la orden alemana en Prusia, la de la compañía de las Indias orientales en la India, así como otras sociedades comerciales más modernas, antes de que abandonasen la soberanía (fundación del Estado del Congo por la sociedad del Congo) ó de que fuesen sometidas á la protección de la metrópoli. Hasta hace poco tiempo (1), la

(1) Véase la disposición imperial de 27 de Marzo de 1899, *Kolonialblatt*, X, pág. 227, y Laband, II, pág. 266 y sigs.

compañía de Nueva Guinea ofrecía el ejemplo de un Estado con carácter corporativo sometido á la alta autoridad del imperio alemán. La característica de esta forma nueva de república, que prácticamente se aproxima tanto á la monarquía absoluta, consiste en que dirige el Estado una voluntad, cuya función no consiste enteramente en obrar en nombre del Estado, sino que tiene una doble situación: está en el Estado y fuera del Estado (1). El carácter de Estado como comunidad, no se puede exteriorizar jurídicamente en todas direcciones, sino que más bien aparece (en circunstancias determinadas que en cada caso particular dependen de las situaciones concretas) como objeto de una actividad del soberano, que es lo que acontece en los antiguos tipos de monarquía, si bien, como no puede ser por menos, se manifiesta con claridad en muchas instituciones el carácter corporativo de la comunidad.

b) *Repúblicas oligocráticas*, en las que un corto número de personas, según la Constitución, son las que forman la voluntad soberana. A esta clase de repúblicas pertenece la diarquía (Roma, en la época del principado, ó la soberanía colectiva de los gobiernos confederados, como sucede en el Estado alemán). Necesitan ser consideradas como especies particulares, pues políticamente están muy próximas del tipo de la monarquía, pero se distinguen esencialmente de ella por la situación concreta que ocupan los órganos soberanos.

c) *Soberanía de clases ó repúblicas aristocráticas.*—Una mul-

(1) El carácter corporativo del soberano no ha de ser examinado según el derecho del Estado sometido, sino según el derecho de la comunidad, de la cual procede la corporación. Existe, pues, aquí también el orden jurídico superior, que necesita ser supuesto cuando se trata de una soberanía semejante á la patrimonial. Para los pueblos de cultura occidental, puede considerarse esta forma como un breve estadio de transición.

titud de formaciones de Estados caen dentro de este concepto: soberanía de un grupo profesional, sacerdotes ó guerreros; soberanía de una raza victoriosa; de una clase por su estirpe; de los poseedores de la tierra ó de otras clases de propietarios, ó bien de una mezcla de distintos elementos de éstos, que producen diversos tipos de república. Jurídicamente concebida esta soberanía, consiste en que las personas dominantes salen de una parte del pueblo, y en virtud de ciertos privilegios quedan separados jurídicamente de la comunidad popular, cuyos miembros también disfrutaban de otros privilegios. Así, pues, la soberanía de las clases descansa en la situación política privilegiada de una parte del pueblo con respecto al resto.

No hay forma alguna de Estado que dependa tan íntimamente de la estructura social del pueblo como ésta. En tanto que la monarquía ha sobrevivido á las transformaciones más hondas de las relaciones sociales, y es posible hoy la monarquía absoluta en forma de cesarismo, aun con una democratización completa de la sociedad, y en tanto que, de otra parte, la democracia misma puede nacer de la exclusión de una gran parte de los miembros del Estado de la participación en la soberanía, descansa la aristocracia, en todas sus formas, en la existencia de un elemento social que predomina sobre los demás, que es independiente del Estado y que, políticamente, es el elemento victorioso sobre todos los demás. Por esto depende completamente la formación de este tipo de Estados de las relaciones sociales concretas; de modo que es posible señalar muy pocos rasgos comunes para todas las soberanías de clase, y para conseguir una intuición completa de los innumerables ejemplares históricos, sería necesario un análisis detallado de cada una de las formaciones particulares. También es posible hallar en esto una distinción de importancia entre la soberanía de las clases en la monarquía y en la república democrática.

Dentro de este tipo de que nos venimos ocupando se pueden distinguir dos variedades: en una la clase dominante está totalmente separada de la dominada, de modo que no es posible pasar de ésta á aquélla; en tanto que en la segunda les es posible, jurídicamente, á los miembros de la clase dominada llegar á formar parte de la clase políticamente dominadora. El primer tipo existe allí donde gozan del privilegio político de la soberanía clases hereditarias enteramente cerradas. Dada la situación, en éstas, de los dominadores respecto de los dominados, se aproxima mucho su carácter al de la monarquía. La segunda, en cambio, tiene más analogía con las democracias, entre las que á menudo se la incluye. Así un régimen censatario en las repúblicas es una institución aristocrática—lo cual ya fué comprendido por la antigua doctrina del Estado,—de igual suerte que ocurre á toda gradación de los derechos políticos según la medida de las prestaciones que se hacen al Estado, pues toda idea de privilegio es irreconciliable con el principio democrático consecuentemente generalizado. Mas la vida muestra también, aquí como en todas partes, momentos de transición, y en el mundo actual del Estado se ponen de manifiesto cuán imprecisos son los límites que separan la república aristocrática de la democrática, al considerar las tendencias evolutivas de las Constituciones que á esto se refieren.

A excepción de los vestigios de que últimamente nos hemos ocupado, ha desaparecido la república aristocrática del mundo político moderno á causa de la dependencia en que se halla con la estructura social de los pueblos; conforme se ha ido transformando la sociedad de clases, ha ido dando lugar al Estado moderno. Si una república concreta hubiere de ofrecer hoy el carácter de una soberanía de clases, sería esta una dominación de hecho, pero no de naturaleza jurídica; le faltaría el asentimiento de la clase dominante y la conformidad con respecto á las determinaciones jurídicas de la clase dominada.

Una situación tal se puede cambiar, por tanto, en toda ocasión, sin necesidad de transformar la organización jurídica. Estas formaciones político-sociales no son, por consiguiente, por grande que pueda ser su importancia momentánea para un pueblo determinado, capaces de formar un tipo jurídico claramente determinado.

V d) *La república democrática.*—Descansa sobre el carácter de la comunidad del pueblo como órgano supremo del Estado, esto es, sobre la participación de todos los nacidos (por lo común, meramente los ciudadanos varones) en la soberanía del Estado. En ella la voluntad dominante debe nacer solamente, y de un modo fundamental, de la comunidad de los miembros del pueblo. No obstante, quedan excluidos los incapaces y casi siempre las mujeres. Además, hay otras razones de exclusión que son causa de que, realmente, sólo un número insignificante de los miembros del pueblo sean jurídicamente los que forman la voluntad del Estado. Por otra parte, donde no existe ningún deber á participar en el ejercicio del poder supremo, que es lo general, esta minoría se hace aún más insignificante en la realidad. Si se exceptúa la completa posesión de la dignidad civil, como es lo común, lo que se exige de los participantes en el poder del Estado son cualidades naturales, no jurídicas; de suerte que desaparece todo privilegio por determinadas condiciones sociales. Pero aun entendido de este modo, son posibles múltiples diferencias en la organización del pueblo como órgano supremo del Estado. Elevando ó descendiendo en el límite de la edad, puede ensancharse ó disminuirse la comunidad del pueblo que domina. La extensión de los derechos políticos á las mujeres es hoy exigida muchas veces y hasta ha sido conseguida en algunos sitios (1). De otra parte existen,

(1) Por ejemplo, en los Estados americanos de Wyoming y

como ya hemos visto, democracias con residuos aristocráticos, como, por ejemplo, las instituciones del censo fiscal ó del minimum educativo (1).

El caso más interesante es el de los Estados Unidos de América, donde el derecho de voto, tanto para la Unión como para los Estados particulares, depende de este minimum de cultura, y las leyes electorales venían quedando en alguno de ellos muy retrasadas con respecto á la extensión que han alcanzado en las democracias europeas (2).

La idea de la república democrática no se ha llevado tan lejos que haya de conferir derechos políticos á todos los habitantes del Estado, sino que los concede no más que á los miembros de éste. En la antigüedad los esclavos estaban completamente excluidos de la vida ciudadana, y se hallaban sometidos á un poder independiente del Estado: el poder doméstico. La afirmación usual de que las antiguas democracias eran realmente aristocracias á causa de la falta de derechos políticos de los esclavos es, por tanto, errónea. El Estado, como tal, no domina á los esclavos, porque éstos no estaban sometidos al *imperium*, sino al *dominium*. De igual suerte, los Estados esclavistas de la Unión americana tampoco eran aristo-

del Colorado. En Bryce, *American Commonwealth*, II, pág. 553 y siguiente. Acerca del derecho de voto de las mujeres en Australia, derecho que no ha nacido de principios republicanos, sólo podemos aquí indicar su existencia.

(1) Aristóteles, *Pol.*, IV, 1298, a, pág. 36 y sigs., pone de manifiesto cuán vecinas son la política y la oligarquía bien comprendidas.

(2) Véase una exposición detallada de todas estas cuestiones complicadas, pero interesantes, en Fisk, *Stimmrecht und Einzelstaat in den Vereinigten Staaten von Nordamerika*. (Jellinek-Mayer, *Abhandlungen*, I, pág. 4.)

cracias en sentido jurídico, ni hoy el extranjero es miembro de la comunidad dominante del pueblo en las democracias, salvo muy raras excepciones.

La república democrática es mucho más independiente de la estructura social del pueblo que la aristocrática. Es conciliable, de un lado, con la exclusión del Estado de una gran parte de la población, como sucedía en la antigüedad; y de otro lado, existe también en aquellos pueblos donde quedan aún restos de las antiguas clases privilegiadas, y donde existen hondas distinciones en cuanto á la situación social de las clases económicas; por consiguiente, allí mismo donde se pudieran dar los elementos para la construcción de una constitución aristocrática; pero jamás podrá desenvolverse la aristocracia en un pueblo donde exista igualdad social.

La república democrática ha revestido históricamente las siguientes formas peculiares:

a) *La democracia antigua.*—Esta descansa tanto sobre la idea de la identidad de ciudadano y miembro activo del Estado cuanto sobre la igualdad completa de los miembros de éste, en lo que toca á la capacidad para la vida pública. Así pues, los únicos medios apropiados para nombrar á los funcionarios públicos en ella, son la suerte ó la regulación por la ley. La elección en la que se tienen presentes las cualidades personales del candidato, la consideraban ya, por el contrario, como institución aristocrática. Por tanto, aun en la antigüedad, este tipo correspondiente á la antigua idea democrática sólo muy rara vez se realiza en toda su pureza. Las nuevas democracias no conocen, en cambio, este concepto ideal. La suerte sólo por excepción decide en ellas, y el turno legal tiene una importancia, á lo más, secundaria.

La repudiación de la elección como una institución aristocrática, va unida estrechamente, en la antigüedad, á la falta de una idea de la representación. La antigua democracia es demokra-

cia inmediata, absoluta; esto es, la comunidad de los ciudadanos ejerce por sí misma las funciones que le competen. El ejercicio de las funciones políticas, limitadas á un tiempo dado, es, de igual modo que el servicio militar, un deber para con el Estado; por esto lleva consigo responsabilidad jurídica. Sólo la participación en la comunidad de los ciudadanos, comunidad que en todas las cosas supremas decide sin responsabilidad, es el único derecho puro que está limitado por consideraciones éticas. Esta comunidad de los ciudadanos era para los antiguos el Estado, como más tarde el príncipe absoluto hubo de identificarse con él, dada la concepción general que prevaleció sobre la monarquía absoluta. Su forma típica es aquella clase de democracia republicana que hubo de realizarse en Atenas desde la época de Pericles; es la imagen de la monarquía absoluta.

¶ Pero á través de toda oposición entre el Estado antiguo y el moderno, el problema fundamental para la investigación política, así en la ciencia antigua como en la nueva, es el mismo, á saber: buscar las garantías contra el poder absoluto del soberano mediante limitaciones legales que aseguren la observancia de éste. Así, pues, se pueden reconocer fácilmente, á pesar de las semejanzas que existan entre ambas formas del Estado, las diferencias que hay entre la democracia absoluta y la monarquía absoluta. La república necesita, para formar su voluntad jurídica suprema, una organización exterior conforme á la Constitución y una división constitucional de las funciones del Estado; en tanto que en la monarquía absoluta coinciden psicológica y jurídicamente los actos supremos de la voluntad del Estado. Por esto la ilimitación de la democracia es más difícil de encontrar que la de la monarquía, á menos que las acciones revolucionarias rebasen temporalmente toda limitación legal. Esto mismo se puede aplicar también á las repúblicas aristocráticas.

b) *La democracia moderna.*—Una constitución democrática

sólo podía conocerla de un modo excepcional la Edad Media á causa de la organización de la sociedad por clases. Si se prescindiese de las antiguas constituciones germánicas, enteramente rudimentarias, pero que tuvieron un carácter democrático, mientras le faltaron las bases sociales para instituciones aristocráticas y monárquicas, y si se exceptúan las constituciones de algunos grupos de aldeanos libres, advertiremos que lo que se entiende en la Edad Media, entre los pueblos germano-romanos, por democracia, era en realidad una república aristocrática ó monarquía. La propia literatura, cuando habla bajo el influjo de las ideas antiguas del *populus*, casi nunca piensa al decir esto en la comunidad del pueblo en general, sino en las clases sociales dominantes. Además, la variedad de situaciones en que se encuentran los que carecen de libertad, ejercen necesariamente su influjo sobre la organización del Estado. El no libre, con tal que no sea corporalmente siervo, es miembro del Estado y está sometido no sólo á su señor, sino también al poder judicial supremo del rey, lo cual por sí solo es ya una distinción de grande importancia con respecto al antiguo Estado, que sólo conocía un poder político y un poder doméstico enteramente separados el uno del otro. Hasta en las ciudades organizadas según Constitución republicana, el tipo que se ha desenvuelto desde el principio hasta el fin es el tipo aristocrático.

La nueva república democrática está más unida que cualquiera otra forma del Estado á los influjos de ciertas fuerzas espirituales. Las ideas democráticas aparecen en muchos ensayos literarios en la Edad Media, en que se intenta dar á la monarquía un fundamento democrático ó elogiar la democracia como la forma mejor de Estado; pero nunca hubo de considerarse la soberanía del pueblo como la forma de Estado necesaria y única conforme á derecho, incluso por aquellos que derivaban toda constitución del Estado de la voluntad del pueblo.

Esta exigencia aparece en el curso de las teorías políticas que surgieron en las luchas de la Reforma. En otro lugar hemos explicado cómo la teoría de Calvino, que hace de la comunidad la titular del gobierno de la Iglesia, fué transformada en Escocia, Holanda é Inglaterra en una doctrina que exigía y consideraba la organización del mundo como producto de la voluntad de la comunidad, y concluía de aquí que el poder supremo en el Estado corresponde de un modo permanente al pueblo, el cual hubo de formar el Estado por un contrato, y debe ser ejercido por el pueblo. Este movimiento conduce primeramente á la formación republicana del Estado inglés, la cual no pudo mantenerse (1). La monarquía estaba demasiado hondamente fundada en la evolución histórica de Inglaterra para que pudiera echar profundas raíces la nueva organización de la república en el corazón del pueblo. Por el contrario, nacieron en las colonias inglesas de América las instituciones republicanas apoyándose en las circunstancias sociales de los colonos, las cuales eran muy diferentes de las que existían en la metrópoli. De suerte que estas colonias, con su separación de la Gran Bretaña, entran en la comunidad de los Estados civilizados con el carácter de repúblicas soberanas democráticas. En el curso de la lucha de América por su independencia apareció la teoría de que la república democrática es un producto de la naturaleza del hombre, y, por tanto, se decía, es la única forma del Estado conforme á derecho (2). Esta doctrina produjo en Europa una grande impresión, singularmente en Francia, sobre la cual tuvo mucho influjo

(1) Esta república fué, como originariamente lo fué la romana, esencialmente una negación de la monarquía anterior. La Inglaterra de aquel entonces jamás llegó á ser consciente del carácter de su derecho público positivo.

(2) El prototipo de la declaración de derechos americanos, ó sea el *Bill of Rights* de Virginia, contiene en su artículo se-

la revolución americana en general. El *Contrat social* había hablado ya de la posibilidad de distintas formas de gobierno, dando á todas ellas una base democrática. Pero como la forma republicana del Estado va implícita en las ideas del *Contrat social*, hubieron de considerar los jacobinos como una tiranía la autoridad regia que descansa en la delegación del pueblo (1), y trataron de hacer desaparecer de la organización del Estado todo recuerdo de ella. La república francesa no aparece como un Estado entre muchos, sino como el formado según el único modelo, como el Estado perfecto, conforme á razón.

La idea de que es la única forma de Estado que corresponde á la naturaleza del hombre, está implícita en todas las repúblicas democráticas que han nacido ó se han transformado en tales á partir de aquel entonces. Los partidarios de la monarquía afirman algo análogo, solo que ni con igual extensión ni con iguales efectos. En tanto que la antigua doctrina del Estado investigaba un Estado ideal, pero utilizando para ello las instituciones históricas, las teorías republicanas afirman, desviándose de toda formación histórica, que la mejor forma del Estado existe ya, y que, á lo más, sólo cabe la mejora de las instituciones existentes (2). Por esto la república democrática es la aspiración de los partidos radicales en todos los Estados.

gundo este principio: «That all power is vested in, and consequently derived from the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all time amenable to them.»

(1) La Constitución de 24 de Junio de 1793, declara en el artículo 120 que el pueblo francés no dará asilo «á los tiranos».

(2) La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano establece, en los arts. 25 á 35, un código universal de derecho público republicano: la indivisibilidad, imprescriptibilidad é inalienabilidad de la soberanía, que jamás podía ser ejercitada en su plenitud por una parte del pueblo; el derecho de sufragio

La democracia moderna vuelve á tomar su punto de partida en el Derecho Político del moderno Derecho Natural, ó sea en el principio de que el poder del Estado deriva originariamente de la voluntad soberana, pura, de los hombres que han pasado del estado de naturaleza al estado político. Por esto el derecho político de participar en el poder del Estado, es un derecho general que nace de la misma naturaleza humana y que necesita ser atribuído á todo individuo que vive en la asociación estatista, quien por este hecho es elevado á la categoría de ciudadano (1). Este es el punto esencial en que se distingue de la antigua democracia, la cual distaba mucho de declarar la libertad inseparable de la naturaleza humana, limitándose á discutir teóricamente acerca de la esclavitud y á atenuar, á causa de esto, la dureza del Derecho Positivo, pero dejando sin tocar la institución misma. En la historia de las democracias modernas, sin embargo, no se han

universal y de elegibilidad, el carácter temporal de todas las funciones públicas, la responsabilidad de los que las ejercen, el derecho y el deber de resistir á los actos contra ley del gobierno. Hay que señalar especialmente el art. 27, «que tout individu qui usurperait la souveraineté, soit à l'instant mis à mort par les hommes libres». Por consiguiente, el tiranicidio es considerado como un deber del ciudadano.

(1) Por esto, á los extranjeros mismos que han cumplido con determinadas condiciones, les es concedida una exigencia jurídica para ser incluídos en la asociación política. (Véase el artículo 4.º de la Constitución jacobina. Además, los derechos de sufragio y elección aparecen concebidos, dentro de esta concepción, como derechos estrictamente individuales, á los que no acompaña deber alguno, en tanto que toda situación de órgano de la comunidad debe tener un carácter de deber. «Les fonctions publiques... ne peuvent être considérées comme distinction ne comme des récompenses, mais comme des devoirs». (Declaración de los derechos de 1793, art. 30.)

sacado estas consecuencias inmediatamente ni en todas partes, é indican más bien la dirección de las consecuencias necesarias que en un breve espacio de tiempo habrán de generalizarse á pesar de la oposición de los poderes políticos. El último corolario habrá de ser la completa igualdad de la mujer con el hombre; pero esto sólo excepcionalmente se encuentra reconocido. Que los principios conducen á las consecuencias apuntadas, lo muestran las exigencias de los partidos contemporáneos, los cuales construyen el Estado sobre la concepción del derecho natural del individuo abstracto, y le dan á sus consecuencias un valor universal. De estos principios nace para la democracia moderna la idea de la absoluta igualdad política de los individuos; pero esta idea no se ha desenvuelto de un modo consecuente en las instituciones. De una parte la elección y de otra las innumerables cualidades que la ley ó la costumbre exige para el ejercicio de las funciones en las repúblicas democráticas, descansan por igual en un principio que contradice la democracia, pues significa calificar y valorar individualmente.

Las modernas repúblicas democráticas ofrecen muchas formaciones originales, tanto más complicadas cuanto que la mayor parte de los Estados así organizados son Estados federales. En éstos existen dos órganos inmediatos: el pueblo y los Estados particulares, que toman parte en la formación de la voluntad del Estado federal. De igual suerte que en la monarquía, tienen también dos órganos independientes uno de otro, que en la democracia están coordinados; pero lo que singulariza la república democrática actual es la peculiaridad del sistema representativo de cada Estado.

Dos divisiones importantes pueden servir para clasificarlas: la primera descansa en la situación constitucional que se atribuye al *demos* soberano. En esta primera forma se pueden distinguir á su vez en el mundo de los Estados modernos tres tipos, á saber:

a) 1. *República democrática con asamblea popular deliberante dotada de facultades decisorias*.—Una democracia inmediata, en el pleno sentido de la palabra, no existe hoy. Aun en los cantones suizos donde subsiste el *Consejo abierto* ó asamblea general (*Landsgemeinden*), existen además órganos que ejercen funciones legislativas, representativas, y aun otras. Así, por ejemplo, en Uri, el *Landrat* ejerce «el poder legislativo como representante» (1). En Obwalden y Appenzel (Ródano exterior) es el Consejo del Cantón; en Glaris es un Triple Consejo quien tiene la competencia que en la antigua democracia sólo ejercía la asamblea popular; en Nidwalden es el Consejo Comunal, y en Appenzel (Ródano interior) la competencia antes dicha corresponde al Gran Consejo (2). La *Landsgemeinden* no se puede comparar tampoco con el príncipe en la monarquía. [No es ella, sino el gobierno, quien ejerce el derecho de gracia, é incluso sus decisiones legislativas tienen un límite en la esfera privada de los individuos; Así, por ejemplo, Nidwalden declara que si alguien se cree lesionado en sus derechos privados por una decisión de la asamblea, puede legalmente acudir al juez (3); y en Uri existía, hasta hace muy poco tiempo, para tales casos, un procedimiento muy singular, encaminado á asegurar el derecho privado de la arbitrariedad del le-

(1) Constitución de 5 de Mayo de 1850, § 47. Como tal ejerce él la iniciativa; dicta en casos perentorios leyes provisionales. Además le corresponde el poder de interpretación de las leyes. (Véase la Constitución actual de 6 de Mayo de 1888, artículo 54 y siguientes.)

(2) Por ejemplo, conclusión de tratados internacionales, nombramientos de funcionarios, ejecución de la responsabilidad de las autoridades gubernativas.

(3) Constitución de 2 de Abril de 1877, art. 43.

gislador (1). Además, la idea de que la asamblea popular no es el Estado, sino sólo un órgano del mismo, ha llegado á ser claramente comprendida en estas pequeñas democracias con independencia de toda teoría. «La regla de conducta de la asamblea popular—declara Uri en su Constitución primitiva,—no es el arbitrio incondicionado é ilimitado, no es el poder del más fuerte, sino el *derecho y el bien del Estado, que está indisolublemente unido al derecho*. El pueblo se obliga á honrar este principio mediante un juramento que cada año debe prestar la asamblea» (2).

β. *Repúblicas democráticas puramente representativas.* La segunda forma de las repúblicas democráticas actuales es la puramente representativa. Todas las funciones del Estado se ejercen en ella mediante representantes, los cuales, sin excepción, son órganos secundarios de un solo y mismo órgano primario. Así la unidad del Estado está garantida por la unidad de este órgano primario: el pueblo. Como ya hemos dicho, por medio de este órgano el pueblo se organiza á sí mismo; de suerte que también en este tipo de república el pueblo organizado es el que tiene y ejerce el poder supremo (3). Sólo así, mediante este conocimiento, se pueden comprender las democracias representativas en general. De otro modo llegaríamos á la consecuencia, que ya hemos hecho notar, de que el pueblo, conforme á una constitución de tal naturaleza, había de ser consi-

(1) Constitución de 5 de Mayo de 1850, § 37.

(2) Constitución de 5 de Mayo de 1850, § 36.

(3) En algunos Estados miembros de Norteamérica, esta idea alcanza su expresión en la fórmula de la publicación de las leyes; por ejemplo, en Nueva York: «The people of the State of New-York, represented in Senate and Assembly, do enact as follows.»

derado incapaz de voluntad y de acción; resultado que es completamente inconciliable con los hechos políticos y las concepciones jurídicas que dominan en este tipo de organización.

La causa de la unidad del órgano primario, diferénciase fácil y fundamentalmente la democracia representativa de las monarquías constitucionales, las cuales tienen dos órganos primarios inmediatos, de los que uno es representado por un órgano secundario. Se repite, no obstante, en la democracia, en lo que respecta á las relaciones entre legislación y gobierno, si bien en otra forma, las mismas divisiones que en las monarquías constitucionales; por esto son posibles allí conflictos análogos, siendo necesarios compromisos para su solución. La unidad del órgano primario hace posible en las democracias una división más acentuada de las funciones públicas que en la monarquía. El principio de la división de poderes y del equilibrio de los mismos, puede generalizarse en las democracias representativas con mucha más energía que en las monarquías; porque en éstas el príncipe tiene una actividad propia y general que en todo se advierte, en tanto que allí el *demos* soberano sólo puede obrar mediante la elección. Incluso en las democracias inmediatas de la antigüedad, hubo de llegarse á una separación completa de la competencia del *demos* y de las autoridades como único medio de garantir las normas del Derecho Político en la realidad de la vida del Estado.

De todas las Constituciones republicanas, la de los Estados Unidos de América, y la de sus miembros, es la que ha llevado á fórmula más extrema la teoría de la separación y el equilibrio de los poderes (1). Los conflictos que se puedan promover acerca de esto, se resuelven á causa de la breve duración de

(1) Véase en este volumen págs. 159-60.

los períodos de cada Parlamento y del cargo presidencial (1). Las relaciones que existen en Francia son enteramente otras. En la tercera república, bajo el influjo de B. Constant, Thiers y Prévost-Paradol (2), se ha desarrollado el régimen parlamenta-

(1) Es muy peculiar la situación del órgano supremo de gobierno en Suiza. Para nada se tiene en cuenta una estricta generalización de la división de poderes, sino que más bien domina allí, como hace notar muy bien Dubs (*Das öff. Recht des Schweizerischer Eidgenossenschaft*, II, 1878, pág. 71), una «confusión orgánica de poderes». La asamblea de la Confederación está, en muchos puntos, subordinada al Consejo federal (*Bundesrat*), al cual elige y fiscaliza. Esto no obstante, es él la «autoridad suprema directora y ejecutiva de la Confederación» (Constitución de la Confederación, art. 95), y, en muchos aspectos, completamente independiente de la asamblea federal. Sus miembros, que por lo común son reelegidos, pertenecen á menudo á los partidos más opuestos. Esta relación sólo es posible en un Estado pequeño y neutral. No obstante, es completamente equivocado el considerar á los miembros del *Bundesrat* como órganos ejecutivos dependientes de la asamblea federal, como lo hace Rehm (*Staatslehre*, pág. 281, nota 1.<sup>a</sup>). Ya la circunstancia importante de que se atribuya al *Bundesrat* el derecho de iniciativa legal, habla en contra de tal afirmación. La expresión *Beamte*—funcionarios— que usa la Constitución para los miembros del *Bundesrat*, no prueba nada, porque el art. 117 de la Constitución, que declara responsables á los funcionarios de la Confederación, también es aplicable á los miembros del Consejo legislativo. En Suiza llámanse *Beamte* las autoridades de las Cámaras y sus miembros. (Véase *Bundesgesetz über Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten*, de 9 de Diciembre de 1850; Wolf, *Die Schweizerische Bundesgesetzgebung*, I, 1890, pág. 29 y sig.; *Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht de 4 Hornung 1853*, art. 53, Wolf, I, pág. 376.)

(2) Las observaciones de Prévost-Paradol han tenido, especialmente, un grande influjo en la actual organización de la presidencia en Francia. Véase la obra de este autor *La France*

rio. Al jefe del Estado sólo se le concede la situación de un factor de poder que está sobre los demás, pero al que se le quita toda participación real en la dirección de los asuntos, y, por tanto, tiene el carácter de un elemento neutral. En Francia las Cámaras, frente al presidente, constituyen el órgano supremo, aun políticamente, pues ellas son las que lo eligen y necesitando él hacerse agradable á ellas para ser reelegido. Además, el Gobierno, dada la gran competencia de las Cámaras y los escasos medios de poder de que dispone frente á los de ellas, siempre está pendiente de una decisión de éstas, pues la aceptación ó votación en contra de una orden del día puede derrotar á capricho á un ministerio y prescribir á los que se hallen en el ejercicio de las funciones ministeriales la dirección política. Jurídicamente el presidente depende de las Cámaras, porque éstas pueden cambiar, en toda ocasión, la situación de éste dentro de la Constitución. En Norteamérica, por el contrario, el presidente es independiente enteramente del Congreso, no sólo porque, según la Constitución, no puede existir el régimen parlamentario, sino además porque el Congreso tiene un poder legislativo limitado y es impotente contra la competencia constitucional del presidente. A pesar de esto, como ya hemos dicho, en caso de un conflicto serio y permanente, sería el Congreso, dada la extensión de su competencia legislativa, quien adquiriría el carácter de órgano más fuerte.

γ. *Repúblicas democráticas representativas con instituciones democráticas inmediatas.*—La tercera forma de las repúblicas democráticas se basa en la unión de los elementos de las democracias representativas con los de las inmediatas. En realidad, las

*nouvelle* (apareció por vez primera en 1868), 13.<sup>a</sup> ed., 1884, capítulos 5 y 6.

formaciones de que nos hemos ocupado en el apartado á pertenecen á este grupo; pero, á causa de la manera peculiar de ponerse en actividad la asamblea popular, la cual no sólo elige y acuerda por su propio acuerdo, sino que se reúne y delibera, han sido objeto de una consideración especial.

También este tipo tercero ofrece muchas diferencias en sus formaciones concretas. La nota común á todas las Constituciones de los Estados que á este tipo pertenecen, es que la asamblea popular, como tal, no se reúne jamás de un modo visible, sino que sólo se hace activa mediante la votación. Puede, pues, ser limitada la actividad de la asamblea popular á casos extraordinarios, especialmente cuando se trata de decidir en definitiva sobre una nueva Constitución ó sobre las modificaciones de ésta, como sucedía antes muy á menudo en Francia (1). También puede asignarse al pueblo, en casos excepcionales, un papel meramente consultivo (2). En los Estados en

(1) La idea del voto del pueblo sobre la Constitución y las leyes aparece en Francia, por vez primera, en 1793, bajo el influjo de las teorías de Rousseau. El proyecto de Constitución girondina contiene (títulos VIII y IX, Duguit-Monnier, pág. 55 y sigs.) disposiciones muy detalladas sobre la iniciativa popular y el referendum, tanto para las leyes como para las Constituciones. La jacobina introduce el referendum facultativo para las leyes (arts. 59 y 60), la iniciativa popular para la revisión de la Constitución (art. 115) y el consentimiento de la Constitución por el pueblo, aun cuando esto último no esté expresamente dicho en el texto de la Constitución. El 9 de Agosto de 1793 tuvo lugar el primer plebiscito constitucional, y los siguientes, hasta el último napoleónico de 1870, se han referido á cuestiones constitucionales. (Véase Borgeaud, *Établissement et revision des Const.*, pág. 248 y sigs.)

(2) En la Carolina del Sur, según la Constitución de 1868, art. 15, sección primera, las adiciones á la Constitución se de-

que hoy existe el voto popular (1), es obligatorio este voto cuando se trata de modificar la Constitución; así, por ejemplo, en la Confederación suiza y en sus cantones (2), y además en casi todos los Estados de los Estados Unidos (*Referendum constitucional*) (3).

El pueblo puede además tomar parte en la legislación ordinaria; pero también existen en este caso diversas modalidades de organización. Puede una ley, ya acordada, ser sometida á la aprobación del pueblo, á petición de un número determinado de ciudadanos, como acontece en Suiza y en una gran parte de sus cantones con el llamado *referendum facultativo* (4), ó es

deciden primero por la legislatura; después se las presenta al pueblo y vuelven de nuevo á la legislatura, la cual decide sobre su aceptación ó denegación. Oberholtzer, ob. cit., pág. 42, *Über das konsultative Referendum de lege ferenda: Esmein, Droit const.*, pág. 275 y sigs.

(1) Son una excepción los Estados Delaware y Carolina del Sur.

(2) En éstos existen muchas diferencias. Así la mayor parte de los cantones exigen para la revisión de la Constitución un voto previo, y después de haberlo consentido el pueblo, las autoridades legislativas lo votan definitivamente. (Véase Duguit, *Die directen Volksgesetzgebung in des Schweiz und ihren Kantonen. Heidelberg Dissertation*, 1894, pág. 42 y sigs.)

(3) Véase este mismo volumen, págs. 185-86. No es preciso el consentimiento del pueblo para modificar la Constitución en Delaware. Para una revisión total deciden los electores, acordando previamente si ha de haber ó no una convención popular. Así, pues, la cuestión de si ha de haber una revisión total med ante una convención, se somete al pueblo. (Véase Oberholtzer, ob. cit., pág. 39 y sigs.)

(4) En la Confederación, la petición de 30.000 ciudadanos suizos basta para que sea necesario someterla al consentimiento del pueblo. (Const. federal, art. 89.) En los cantones, el nú-

necesaria para determinados actos legislativos la sanción del pueblo, como acontece en muchas Constituciones de los Estados miembros en Norteamérica (1), ó, finalmente, puede ser necesario someter al pueblo todas las leyes votadas por los representantes, como sucede en una parte de los cantones suizos (*Sistema del Referendum obligatorio*). Además, la participación del pueblo en la legislación puede hacerse mayor aún si atribuye la Constitución á aquél el derecho de iniciativa, conforme al cual los representantes han de deliberar sobre lo propuesto y someter al pueblo, bien esto mismo con las decisiones que hayan tomado, ó bien sólo sus acuerdos. También en este punto hay que distinguir dos variedades: la iniciativa para modificar la Constitución y la iniciativa para las leyes simples. Ambas se han divulgado en Suiza. La Confederación (2) sólo

mero necesario para acordar esta misma medida, redúcese hasta 500 (Zug). También pueden acordar libremente las legislaturas el someter sus decisiones al voto popular.

(1) Especialmente para los casos de empréstitos de Estado y para contraer deudas. (Véase acerca de este y de otros casos Oberholtzer, ob. cit., pág. 54 y sigs.)

(2) La iniciativa constitucional fué establecida por la Constitución federal de 12 de Septiembre de 1848 (art. 113), según la cual 50.000 ciudadanos suizos tenían el derecho de exigir la revisión de la Constitución, y el pueblo era quien decidía sobre esta proposición. La Constitución revisada en 5 de Julio de 1891 (arts. 118 á 123), distingue entre revisión total y parcial. Para el primero se han de aplicar las disposiciones que hasta entonces estuvieron en vigor; para el último puede ser sometido un proyecto elaborado á los Consejos federales, el cual, con las proposiciones que se hubiesen presentado, se habrá de someter á la aprobación del pueblo y los cantones. Para más detalles véase M. Veith, *Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt nach schweizerischem Bundesrecht*. Strassburger Dissert., 1902, pág. 103 y sigs.

conoce la iniciativa constitucional; los cantones ésta, y en parte también la segunda (1). En todas estas formas, referendum constitucional, facultativo, obligatorio, iniciativa del pueblo, éste se aproxima en su situación, con respecto á la labor legislativa, al papel que desempeña el monarca en las monarquías constitucionales. Allí donde existen la iniciativa y el referendum obligatorio, coinciden completamente en lo que respecta á la competencia legislativa. Sin embargo, diferénciase también este tipo de la monarquía, aun prescindiendo del carácter colegial del órgano primario, en esto: en que jamás existen dos órganos, el deliberativo y el que decide, separados uno de otro, sino que más bien es aquí el órgano primario el que da el impulso para poner en actividad al órgano secundario creado por él, y el que decide definitivamente sobre la conformidad ó derecho de las decisiones tomadas por el último. A pesar de la complicación de las relaciones en tales repúblicas, siempre es un mismo pueblo el que está representado en distintos órganos de modos diferentes y el que toma y ejecuta todas las decisiones.

Otra subdivisión de las repúblicas democráticas actuales combínase con las precedentes, y ha sido ya en parte explicada. Es la distinción entre repúblicas con un solo órgano legislativo, si bien organizado en distintas Cámaras, ó con una forma dual legislativa, de suerte que varios órganos independientes entre

(1) Acerca de esto existe en algunos una gran variedad: iniciativa individual ó iniciativa colectiva; facultad de hacer que se elabore un proyecto de ley por la legislatura, ó de presentar un proyecto ya elaborado, acompañado ó no del voto favorable y de las observaciones del cuerpo legislativo, etc. Una investigación detallada de estas relaciones, jurídica y políticamente muy interesantes, no cae dentro de los límites de una teoría general del Estado.

si cumplan aquella función. Acabamos de explicar el caso en que el pueblo mismo, como órgano primario, sanciona los acuerdos de las Cámaras; pero también pueden tener esta facultad los órganos secundarios, y este es el caso en los Estados Unidos de América, donde una enmienda á la Constitución, acordada por los dos tercios de las Cámaras, ha menester del consentimiento de las tres cuartas partes de los Estados para tener validez. Aquí, como en Suiza, los Estados miembros tienen el carácter de órganos legislativos, fenómeno que en la teoría del Estado federal habrá de ser más ampliamente tratado.

b) La segunda división fundamental de las repúblicas democráticas actuales resulta del modo de estar establecidos y organizados los gobiernos, y ante todo de la manera de haber sido instituidos. Esto es, según que el pueblo elija el órgano supremo del Estado de un modo inmediato ó mediante sus representantes (1). Tipo de un Estado con elección popular del jefe del mismo son los Estados Unidos y los cantones de Suiza; el segundo tipo fué realizado por vez primera en Francia en la Constitución del directorio, y hoy se encuentra aquí, así como en la Confederación suiza (2). Esta diferencia es de más importancia desde el punto de vista político que desde el jurf-

(1) Una variedad del primer tipo es la confirmación plebiscitaria de un jefe de Estado que ya estaba en funciones, como varias veces ha sucedido con los Bonapartes; y una variedad del segundo tipo es la elección proyectada en la Constitución jacobina de un *Conseil executif*, en vista de una proposición de los electores.

(2) Completamente separado de ambos tipos está el que presenta la elección de miembros del Senado en las ciudades de la Hansa, la cual se lleva á cabo en cada una de ellas mediante un procedimiento especial muy complicado en que toman parte el Senado y la burguesía. Los Senados son órganos primarios del

dico; pues el presidente escogido por el pueblo mismo tiene una autoridad mucho mayor frente á las Cámaras (1) que la que tienen los nombrados por éstas, de las cuales dependen, aun cuando en este acto de elección ellas obran jurídicamente como órgano creado por el pueblo. Especialmente el deseo de una reelección es muy apropiado para subordinar los presidentes á los gobiernos colegiados de las Cámaras. Según el modo como estén organizados los gobiernos, organizanse los Estados, atendiendo á que llene las funciones de aquél un colegio ó un individuo. El primer tipo de esta variedad mostróse en Francia en la época del directorio y del consulado, y se encuentra hoy realizado en los cantones de las ciudades libres alemanas.

El segundo se ha realizado por vez primera en los Estados particulares de Norteamérica, ha sido aceptado en la Unión

Estado (véase Seelig, *Hamburg. Staatsr.*, 1902, pág. 50); en ninguna parte se dice que ellos representan al pueblo, y contradice además esto toda la evolución histórica. Brema (Const., § 3.º) llama al Senado y á la burguesía al ejercicio del poder del Estado; Hamburgo (art. 6.º) y Lubeck (art. 4.º) atribuyen á ambos órganos comunalmente esta competencia. Es común, pues, lo mismo á las tres ciudades de la Hansa. Se apartan del tipo general de la república democrática estas ciudades en que la situación del órgano de gobierno sólo puede ser modificado con el consentimiento de este mismo órgano, pues toda ley necesita ser aprobada por el Senado. Los demás jefes de Estados democráticos, por el contrario, están sometidos á la legislación constitucional, en la que no tienen parte alguna.

(1) Esto lo experimentó ya Francia en 1851, pues Luis Napoleón, que fué nombrado por sufragio universal, se consideraba frente á las Cámaras como el *élu de la nation*, en tanto que los miembros de aquéllas sólo reunían una fracción de los votos del soberano. Este argumento no ha jugado papel alguno en los intentos de justificación de los golpes de Estado.

y aún se ha hecho camino en las restantes repúblicas americanas y en la segunda y tercera república en Francia. La presidencia americana ha sido creada tomando intencionalmente como modelo la realeza inglesa. La concentración del poder ejecutivo en el gobernador de cada colonia existía ya en la época de la dominación inglesa, y la teoría de Montesquieu sobre la utilidad de la unión del poder ejecutivo en las manos de uno solo, ha tenido como consecuencia el que el director del gobierno en una república tenga una situación análoga á la de un monarca. En América se reproduce un caso análogo al de Roma, donde la república dejó subsistir la plenitud de las facultades del monarca soberano en los nuevos magistrados (1). En la época de la creación de la Unión, no existía aún de un modo claro en Inglaterra el sistema del régimen parlamentario, ó al menos no se había reconocido su existencia; de suerte que era la forma constitucional, ó sea aquella en que las Cámaras aparecen frente al rey independientes, la que hubo de determinar la formación del tipo de presidente en América; todo lo cual ha impedido la formación de un gobierno parlamentario, por la severa prohibición de que los secretarios de Estado puedan entrar en el Congreso, así como por haber impedido al gobierno el derecho de iniciativa legislativa (2).

(1) Son muy interesantes desde este punto de vista las afirmaciones de Hamilton en el *Federalist*, núms. LXIX-LXXVII; especialmente la primera, que coloca al presidente en parangón con el rey de Inglaterra, intentando probar que los derechos de éste han experimentado una limitación general en las facultades del presidente.

(2) El presidente puede recomendar, mediante un mensaje á las Cámaras, el que acuerden determinadas medidas. (Constitución, art. 2.º, sección 3.ª, § 1.º) Pero solamente al Congreso le es dado entrar á tratar del asunto, en virtud de la proposición de uno de sus miembros.

Francia, por el contrario, en vista de la experiencia que adquirió en la segunda república de la magistratura presidencial formada según el modelo americano, y de la situación que hubo de asignar á los ministros durante el segundo imperio, según el mismo modelo, ha elaborado en su actual Constitución una magistratura presidencial ateniéndose al tipo de la realeza inglesa en el actual gobierno parlamentario. Hasta qué punto es íntimo el lazo de unión del mundo moderno con la idea de la monarquía, lo prueba el que la más importante forma y la más difundida de las democracias actuales, la república presidencial, no es en su aspecto sino una debilitación de la idea monárquica.

Una tercera forma de la república presidencial ha sido la que se ha realizado en Francia en el período de 1870 al 75, período en que el jefe del poder ejecutivo quedó subordinado á la autoridad de la asamblea nacional. Originariamente, su situación era la de un presidente del Consejo de Ministros con derecho á elegir sus colegas. Más tarde, por la ley de 31 de Agosto de 1871, se le dió el título de presidente de la república, y se le asignó un lugar superior al ministerio nombrado por él, sin que por ello desapareciera el lazo de subordinación que le une con el poder legislativo (1).

Todas estas formas se distinguen de la monarquía, no obstante sus analogías exteriores, en que el presidente nunca es el órgano superior, aun entre los secundarios. Allí donde ha sido aceptado el principio de la separación de poderes, corresponde á él una situación esencialmente igual á la de los demás factores del poder del Estado. Prescindiendo del predominio político del poder legislativo, el presidente, ó el gobernador en los Estados americanos, está obligado á obrar

(1) Véase la historia constitucional de esta época en Lefebvre, ob. cit., pág. 1 y sigs.

en colaboración con el Senado, y queda sometido á las acusaciones de la Cámara baja y al tribunal del Senado que había de juzgar de ellas. El *impeachment* americano no sólo puede ser presentado á causa de una violación jurídica, sino también del comportamiento político del presidente ó del gobernador, con lo cual las legislaturas americanas tienen un medio poderoso para mostrarse, á pesar de todas las teorías, como el órgano más poderoso en su lucha con el ejecutivo. Además, el presidente sólo excepcionalmente (1) tiene el derecho de poner en actividad las Cámaras, y nunca puede disolverlas; de suerte que, como hemos dicho, no tiene iniciativa alguna en la legislación, y *de jure* sólo un veto suspensivo, si bien muy eficaz (2). Le falta el derecho de declarar la guerra; no es, por tanto, el órgano que pone en movimiento al Estado; más bien cabe decir que su situación puede ser hondamente transformada, y aun suprimida la magistratura, por una modificación de la Constitución.

En Francia son las Cámaras, sin duda alguna, en virtud de su poder ilimitado para transformar la Constitución, el órgano supremo del Estado. De este modo cae dentro del principio del gobierno parlamentario, que coloca al ejecutivo en estricta dependencia de la mayoría de las Cámaras. Es verdad que el presidente puede poner á éstas en actividad y clausurarlas; pero también tienen ellas un derecho propio para reunirse legalmente sin ser convocadas. Él puede disolver la Cámara de los diputados, pero ha menester para ello el consentimiento del Senado. Carece del derecho de veto; lo que sólo puede exigir es que de nuevo sea sometida á deliberación la ley. Por último, le falta también el derecho de declarar por sí la

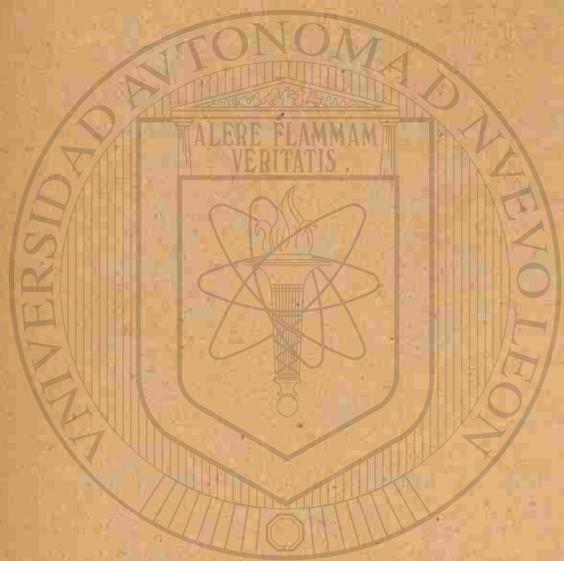
(1) Const., art. 2.º, sección tercera, § 1.º

(2) Bien entendido, siempre que no se trate de una modificación constitucional.

guerra. Para terminar, es responsable en casos de alta traición. La dirección jurídica y efectiva del Estado radica en Francia en el Parlamento, del cual depende el ministerio, ya que por su voto de censura ó de falta de confianza, la Cámara de los diputados puede en todo momento hacerle caer (1).

Si, pues, los presidentes ostentan como una parte del poder regio, están jurídicamente muy lejos de ser reyes. Se ha afirmado á menudo que el presidente de los Estados Unidos de América tiene más poder que el rey de Inglaterra; mas por débil que pueda ser éste en la realidad política, á él es á quien compete jurídicamente la decisión suprema sobre toda modificación de la organización jurídica de su Estado, y esto no le es dado al presidente. La fuerza política de que éste goza no le quita su debilidad jurídica. Hay un juez en la tierra, ante el que necesita inclinarse: el *demos*, cuya representación puede exigirle responsabilidades.

(1) También es falso, políticamente, el considerar las democracias gobernadas parlamentariamente como monarquías electivas con un presidente del Consejo que equivale á un monarca elegido por tiempo determinado. Así lo considera Rehm, *Staatslehre*, pág. 355. Cualquiera que sea el punto de vista sobre la situación de un monarca, no es posible admitir un criterio mediante el que pueda considerarse como monarca á un hombre que en todo tiempo depende del poder legislativo, y que, por tanto, necesita muy cuidadosamente prestar atención á los votos de los legisladores.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## CAPÍTULO VEINTIUNO

### Uniones de Estados.

#### I. Observaciones preliminares.

Tanto la antigua doctrina del Estado que atribuye á éste la autarquía, como la moderna de la soberanía, contradicen, llevadas á su última consecuencia, la unión permanente de varios Estados; pues tal unión, cualquiera que pueda ser su construcción jurídica, lleva consigo siempre la dependencia de algunos de aquéllos. A pesar de las muchas relaciones que existían entre los Estados helénicos, apenas si la antigua ciencia del Estado hubo de tocar el problema de las uniones entre éstos, y mucho menos de alcanzar un firme concepto jurídico de esta misma relación. La moderna doctrina del Estado ha necesitado mucho tiempo para llegar á tratar de una manera profunda y plena este problema de la unión de los Estados. Aún hoy, una clara concepción de estas uniones encuentra ante sí la oposición de las doctrinas dominantes acerca del Estado, de las cuales resulta, de un modo deductivo, la imposibilidad de ésta ó de aquélla forma. Tal vez no haya parte alguna del Derecho Público en que se muestren de un modo más acentuado las consecuencias de juzgar de lo real según un tipo ideal abstracto. Por esto es necesario, cuando se trata de esta doctrina, penetrar de un modo enérgico, mediante una investigación inductiva, en el material histórico político de la reali...

dad, y poner los tipos empíricos sacados de la vida en el lugar de aquellos conceptos generales.

Por lejos que nos lleve nuestro conocimiento de los Estados civilizados, siempre encontramos una pluralidad de Estados que viven en relaciones mutuas; mas el carácter de esta relación era en un comienzo de enemistad, pues en general la guerra ha sido la forma primera de las relaciones internacionales. No siempre el resultado de la lucha es el aniquilamiento ó sujeción del adversario: se pueden hallar tratados de paz incluso en los tiempos en que faltaba toda idea de un Derecho Internacional. En íntima relación con la guerra, aparecen ya, desde el comienzo, las alianzas como la primera forma de relación amistosa entre los Estados. Las alianzas militares de todas clases representan el primer paso para una unión de distintos Estados. Junto á la guerra y bajo su ascendiente poderoso, aparecen también, por obra del poder de las relaciones sociales, relaciones de cambio económico que afirman y aumentan la dependencia mutua de los Estados. La cultura común y los intereses de un grupo de Estados, hacen nacer una unión estrecha en épocas no favorables aún para que se desenvuelva ampliamente la formación de un Derecho Internacional. En nuestro tiempo es cuando por vez primera se llega á reconocer la solidaridad espiritual y económica entre los intereses culturales, solidaridad real, cada vez más intensa, que ejerce sobre los Estados y sobre sus órganos internos efectos de la mayor importancia.

2. En un amplio sentido, se ha de comprender bajo unión de los Estados toda relación permanente entre dos ó varios de ellos, con un fundamento jurídico. En este sentido, todos los Estados, unidos por la comunidad del Derecho Internacional, forman una gran comunidad de intercambio, dentro de la cual están formando *sistemas de Estados* aquellos que están unidos por una situación geográfica común, y que por esta misma razón están separados de los demás Estados á causa de las rela-

ciones íntimas que entre ellos se desarrollan. De este modo, se diferencia el sistema de Estados europeos del americano ó del asiático oriental. Pero estas uniones son sociales, no de naturaleza jurídica, y les son aplicables las notas que, dentro de los Estados, separan un grupo social de otro. Por el contrario, las formas de unión jurídica que quedan comprendidas dentro del concepto amplio de unión de Estados, son subrayadas por pactos innumerables que crean relaciones permanentes entre aquéllos. Tales uniones tienen un carácter de Derecho Internacional.

De antiguo viene sucediendo que los Estados se prometen ventajas mutuas de un modo permanente. Ya en la época remota de los Estados sedentarios mostraban éstos los complementos de que á veces es objeto la actividad de un Estado por prestaciones de otro. Pero durante largo tiempo estas relaciones tienen un carácter contingente, y las concesiones mutuas son el resultado de guerras, de amenazas de éstas ó de alianzas para ellas. Hasta fines del siglo xviii, los pactos entre Estados, relativos á la administración y á la función jurisdiccional, nacen casi exclusivamente como partes de tratados de paz ó como consecuencia de ellos. Pero, á partir de entonces, principia un proceso admirable de mutuo progreso en lo que se refiere á la situación de los súbditos de cada Estado, en razón de la evolución creciente y del reconocimiento de la solidaridad de intereses entre los Estados. De aquí nacen dos formas de creaciones jurídicas. La primera abarca la rica variedad de tratados particulares, por los que los Estados se aseguran el cumplimiento de mutuas promesas. La otra comprende convenciones que (1) tienen como supuesto jurídico, una comu-

(1) Véase *System der subjective öff. Rechte*, pág. 204 y sigs.; Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, pág. 68.

nidad permanente de determinados intereses jurídicos, y que crean para la satisfacción de estos intereses alianzas ó uniones administrativas que han conducido ya á diseñar una organización internacional (1). Una parte de estos tratados particulares sobre administración y justicia, pero especialmente sobre las uniones administrativas, provoca relaciones de este orden entre los Estados, y es causa de que no vuelva á ponerse en cuestión en ellos la existencia futura de esta relación, sino sólo la naturaleza y transformación mayor ó menor de las relaciones así creadas. Estos contratos y uniones pueden ser denunciados y revisados, pero siempre son sustituidos por un nuevo acuerdo. Los tratados de extradición, consulares, la unión postal universal, la asociación internacional de teléfonos, de medidas, de ferrocarriles, etc., son instituciones permanentes de la unión entre los Estados, que pueden ser mejoradas, pero nunca desaparecer completamente en su contenido. A esto se ha añadido recientemente el acta de Haager, para la solución amistosa de los casos internacionales cuestionables, mediante la institución de tribunales de arbitraje, lo que es un primer paso para una organización internacional de la función jurisdiccional. La ruptura de estos acuerdos, sin sustituirlos por otros análogos, significaría hoy, dadas nuestras relaciones sociales y nuestras ideas, un retroceso manifiesto de la cultura, y nos llevaría á una situación que nos parecería, dados nuestros sentimientos, enteramente bárbara. El Estado que así obrara se encontraría aislado económica y espiritualmente, lo cual es muy difícil den-

(1) Jellinek, *Lehre von der Staatenverbindungen*, pág. 158 y siguientes; Descamps, *Les offices internationaux et leur avenir*, Bruxelles, 1894; v. Litz, *Völkerrecht*, pág. 146 y sigs.; O. Mayer, II, pág. 459 y sigs.; Rehm, *Staatslehre*, pág. 97 y sigs.

tro de la realidad política. Así, pues, aquellas instituciones que descansan sobre pactos y uniones, se pueden considerar, con razón, cual instituciones políticas tan permanentes como algunas creaciones aparecidas en la evolución del Derecho Administrativo y de la administración de justicia dentro del Estado singular, creaciones que conservan un tipo fijo á pesar de todas las transformaciones.

Estos casos, entre los Estados, contradicen el concepto de la soberanía tal como hubo de ser formulado desde el siglo xvi al xviii. Es verdad que en aquel tiempo se cometió la inconsecuencia de admitir la unión de los Estados por pactos, pero se entendía por éstos los que se encaminaban á establecer una situación permanente (tratados de paz ó de cesión de territorios), ó que se proponían prestaciones de los Estados por breve plazo. Una limitación mutua, permanente, de la legislación y administración de los Estados, tal como á menudo es objeto del contenido de los modernos tratados, hubiera sido considerada como una disminución inadmisibles de la soberanía. Ninguna alianza ha limitado antiguamente á sus miembros en lo interior, tanto como lo hacen hoy los contratos y tratados de comercio en los modernos Estados. Por esto las teorías modernas del Derecho Político é Internacional se han visto obligadas á afirmar que las limitaciones contractuales de un Estado no significan disminución alguna de su soberanía, lo cual no ha dejado, naturalmente, de ser contradicho. Pero ya en este punto se puede ver cómo influyen estas uniones permanentes de los Estados, acordadas por tratados de comercio, sobre la doctrina misma del Estado. Porque aquella teoría del concepto de la soberanía que la identificaba con la nota del poder absoluto é ilimitable del Estado, no puede ser conciliada con la realidad histórica, la cual ha unido á los Estados por todo un sistema de tratados administrativos.

3. En estricto sentido, las uniones entre Estados son unio-

nes permanentes jurídicas de los mismos, con un carácter político. Estas uniones de naturaleza política, ó sea las que están basadas sobre un fin de potencia estatista, se distinguen de las uniones creadas mediante tratados administrativos y convenciones. Las últimas sólo cogen de los contratantes una parte limitada de su actividad. Las uniones políticas, por el contrario, abrazan algunos Estados en su completa existencia, ó á una parte de los Estados agrupados, ó conceden á un miembro de la asociación derecho y poder para dirigir la vida del otro y utilizarlo para sus fines.

Hay que separar de estas uniones políticas las alianzas, aun cuando en casos dados puedan satisfacer perfectamente la función política de una unión de Estados; pero hay que separarlos porque no forman uniones permanentes. Caen, por tanto, dentro del amplio concepto de unión de Estados. Las alianzas son uniones para un ataque común, para la división común, para la protección, ó bien son alianzas ofensivas y defensivas. Aun cuando, por lo común, ofrecen un carácter guerrero, pueden no obstante, de un modo excepcional, tener un aspecto de paz, como ocurre con la liga de la neutralidad armada, que se propone la protección contra ataques de otros Estados, con los que los aliados, no obstante la guerra, viven en paz. Lo decisivo para precisar el carácter de una alianza, no es el fin de ésta, sino los medios que toma en consideración. La triple alianza persigue fines pacíficos y, no obstante, es una alianza guerrera (defensiva). Cualquiera que sea el modo como se cree una alianza, siempre es para casos concretos y para tiempo determinado, y se impone de un modo necesario á la política de los Estados contratantes antes de que surja el *casus foederis*. Cuando aparece éste, á consecuencia de la imposibilidad de prever los sucesos, cada uno de los Estados aliados se encuentra con que las circunstancias le hacen comprometer su existencia futura. Mas todas las alianzas son fácilmente rom-

pibles. Cuando se acuerdan queda sobreentendida la cláusula *rebus sic stantibus*, porque en la lucha con los intereses supremos del Estado soberano retrocede siempre el deber de ser fiel al tratado (1).

Por esto no se cuestiona acerca de la plena independencia de los Estados aliados, á menos que la alianza no sea como un manto obscuro que encubra otras relaciones permanentes. Los Estados aliados son y permanecen soberanos.

4. En las páginas que siguen sólo habrá de ser investigada la unión de los Estados en sentido estricto, hasta donde esto es

(1) Véanse las palabras clásicas de Bismarck, *Gedanken und Erinnerungen*, II, pág. 258 y sig.; v. Lisz, ob. cit., pág. 175, dice que el principio de que todos los tratados internacionales se entiendan llevados á cabo con la cláusula implícita de *rebus sic stantibus* es sin duda alguna inexacta, porque de este modo se destruirían los fundamentos del Derecho Internacional. Véase también Rivier, *Principe*, II, pág. 127 y sigs. Hay que distinguir siempre entre supuestos no esenciales y esenciales de un contrato. Sólo una modificación de los últimos produce los efectos de disolver el contrato. Jurídicamente corresponde al Estado que se acoge á esta cláusula la prueba de que las circunstancias han cambiado y mostrado su importancia. Por tanto, la duración del contrato no depende en modo alguno del juicio arbitrario del Estado particular. La actual literatura del Derecho Internacional ignora completamente que la doctrina de la cláusula de que venimos ocupándonos procede del Derecho Natural, el cual, bajo el influjo de L. 38, pr. D. de solut. et lib., 48, 3, fué aplicado por vez primera á los contratos en el Derecho Privado, y después hubo de extenderse á toda clase de contratos. Véase Schilling, *Lehrbuch des Naturrechts*, I, 185, pág. 225, y los autores citados en la pág. 226, nota. Además, L. Pfaff, *Die Klausel: Rebus sic stantibus in der Doktrin und der österr. Gesetzgebung*, en el *Festschrift zum 70 Geburtstag, Joseph Ungers*, 1898, pág. 221 y sigs.

permitido dentro de una teoría general del Estado. Hemos de prescindir aquí de una investigación detallada sobre la clasificación de las uniones de Estados, pues las objeciones que hemos expuesto antes contra la utilidad de tales propósitos, pueden reproducirse aquí, aumentadas. Las uniones de Estados ofrecen, en general, tantos tipos como los Estados particulares; por esto una sistemática clasificación de ellos, había de comprender aún más subdivisiones que las que se hacen al tratar de los Estados unitarios, sin poder llegar á vanagloriarse de lograr encajar á la postre una formación individual dentro de los cuadros que se formen. Así, pues, sólo habremos de ocuparnos, en las reflexiones que han de seguir, de las observaciones más importantes y de mayor valor práctico.

Tiene gran significación la oposición entre uniones *organizadas* y *no organizadas*, según que se manifiesten en órganos particulares del Estado ó en órganos internacionales. La tiene asimismo la oposición entre uniones de Derecho Internacional que descansan sobre contratos ó convenciones de *Derecho Internacional*, y uniones de *Derecho Político* que tienen por base relaciones de dominación. Las primeras descansan sobre una igualdad fundamental entre los Estados que se han unido—unión por la cual no quedan sometidos á ningún poder superior,—ó bien algunos de los Estados se encuentran limitados, conforme al pacto, en beneficio de otros; de suerte que, aun cuando no dependan jurídicamente, sí ocurre esto políticamente. El segundo grupo, por el contrario, se propone someter los Estados faltos de soberanía á una formación estatista superior. Para comprender la unión de los Estados en su sentido estricto, es necesario considerar las *uniones aparentes*, las cuales tienen una gran importancia política. Por esto, y además porque otras razones reales no consienten una generalización rigurosa de la división que arriba hemos expresado, es por lo que habremos de exponer las diversas clases de uniones de otro modo.

## II. Las clases de unión de los Estados (en sentido estricto).

### A.—Uniones aparentes de los Estados.

Para fijar los límites de nuestra cuestión, debemos hacer notar que de las uniones de los Estados, en sentido jurídico, han de quedar excluidos todos aquellos casos en que una región (*Land*) análoga á un Estado queda sometida á una relación permanente con respecto á otro, como todo Estado constituido por regiones de naturaleza semejante á la estatista, aun cuando estas formaciones, desde el punto de vista histórico-político, tengan una estrecha semejanza con las uniones de los Estados (1). Ofrece un ejemplo manifiesto de esto, ante todo, el Canadá, el cual, si desapareciera su relativa subordinación al imperio inglés, sólo necesitaría tomar algunas disposiciones conforme á la Constitución, sobre la situación del gobernador general nombrado hasta ahora por la colonia inglesa, y respecto á los gobernadores provinciales designados por éste, para transformarse al punto en un Estado federal. Este mismo tipo es el que lleva en sí la federación de las colonias australianas de la Gran Bretaña, es decir, de la república de Australia, cuya Constitución está aún más influida por las ideas federales americanas que la del Canadá, y cuya subordinación á la metrópoli es aún más débil que la de este Estado (2). Desde el punto de

(1) Sobre la naturaleza peculiar de las relaciones del *self-governing colonies* con la metrópoli, véanse las observaciones de Hatschek, *Engl. Staatsr.*, pág. 204 y sigs.

(2) Véase un paralelo entre el Canadá y Australia, en Deerkes-Boppard, *Verfassungsgeschichte der austr. Kolonien und des Commonwealth of Australia*.

vista histórico-político, son éstas formaciones que se pueden considerar como *Estados federales en proceso de formación*. Casos de naturaleza análogos han sido estudiados más arriba con mayor extensión, y prueban que la vida de la historia contiene transiciones que no pueden ser abarcadas completamente en sus singularidades mediante conceptos jurídicos, que, hasta cierto punto, no pueden menos de ser rígidos.

Entre las uniones aparentes de los Estados está incluida la *unión personal*, que para su mejor comprensión habrá de ser tratada al propio tiempo que la *unión real*. Por difícil que sea de justificar, desde un punto de vista estrictamente sistemático, la unión personal, como unión aparente de Estados, una doctrina de estas uniones necesita tenerla en cuenta á causa de su diferencia de las uniones reales.

#### B.—Uniones de Estados en sentido jurídico.

1. *Relaciones de dependencia fundadas en el Derecho Internacional* (1).—Son muchas las relaciones permanentes de dependencia que descansan sobre actos de Derecho Internacional, en que puede caer un Estado, independiente hasta entonces. En estos casos se ha de separar en el problema el aspecto jurídico del político. La independencia jurídica es posible que coexista con la dependencia política. Esta distinción es de un gran valor práctico, pues en los casos de independencia jurídica, por amplia que sea de hecho la dependencia, la formación en cuestión puede caracterizarse como Estado soberano ó no soberano, y

(1) Véase entre la literatura más reciente Bornhak, *Einseitige Abhängigkeitsverhältnisse unter den modernen Staaten*; Rehm, *Staatslehre*, pág. 71 y sigs.; Seidler, *Für Kriterium*, pág. 99 y siguientes.

conforme á ello exigir los derechos que le competen, según el Derecho Internacional. Esta situación jurídica del Estado necesita ser comprobada en toda ocasión, en tanto que la independencia política casi nunca se puede comprobar con entera seguridad. Hay grandes Estados á los que durante largo tiempo les ha faltado esta independencia, precisamente á consecuencia de su política, y en cambio, de otra parte, la subordinación jurídica de un Estado no siempre ha excluído su independencia política. Los pequeños Estados en los cuales ésta no ofrece duda, pueden carecer en determinadas circunstancias de independencia política para los asuntos exteriores.

Las innumerables relaciones de independencia que se ponen aquí en cuestión, repugnan la subordinación á una categoría, y necesitan, por tanto, ser investigadas individualmente. Las notas peculiares del Estado y de la soberanía nos ofrecen una pauta para el conocimiento jurídico. Las consideraciones políticas sólo habrán de influir en el resultado de nuestra investigación; en aquellos casos en que jamás puede alcanzar realidad política una abstracta posibilidad jurídica y una decisión definitiva, necesita tener por base la consideración de las relaciones reales.

El caso fundamental de las relaciones de que aquí se trata lo ofrecen los numerosos *protectorados* (1), los cuales, aun cuando nacieron desde que se consolidaron los Estados modernos, han alcanzado gran importancia política en la actualidad, ya que viven en estrecha conexión con la política moderna colonial, pues es la forma como los Estados europeos han tratado de hacer servir á sus intereses de un modo permanente á Estados

(1) La literatura moderna sobre esta materia la indica Ullmann, *Völkerrecht*, pág. 53, núm. 3; y v. Liszt, pág. 51, número 9, y además Rehm, *Staatslehre*, pág. 71 y sigs.

menos civilizados. Jurídicamente un protectorado es una relación contractual entre dos Estados, conforme á la cual se obliga uno á proteger al otro contra ataques exteriores, á condición de que éste se obligue á no obrar contra el protector y á dejarse prescribir por él la naturaleza de su conducta con respecto á un tercer Estado. Además, el Estado protegido promete al protector otras ventajas como pago á su actividad protectora.

Investigar jurídicamente de una manera honda en su aspecto político la forma de protectorado que va revistiendo la colonización de los Estados civilizados sobre los que lo son menos, tiene poco interés, pues la oposición entre la situación de cultura de los protectores y de los protegidos hace que falte un lazo común entre las concepciones jurídicas de ambos, ya que estos Estados protegidos no están dentro de la comunidad de Derecho Internacional de los pueblos occidentales. Si estas uniones tienen un interés político predominante, son, sin embargo, objeto de consideración en su aspecto de Derecho Internacional, en cuanto un tercer Estado tiene el deber de respetar una relación de aquella naturaleza reconocida por el Derecho Internacional. En este sentido, quedan excluidos de los protectorados todas las relaciones de los poderes colonizadores con sus territorios protegidos, los cuales son, con respecto al Estado principal ó metrópoli, territorios anexionados. Falta, pues, aquí el segundo miembro necesario de una unión de Estados.

En cambio, en los protectorados y relaciones análogas de Estados menos poderosos con otros que lo son más, donde ambas partes son miembros de la comunidad del moderno Derecho Internacional, necesita ser fijada la relación jurídica de estos miembros. La cuestión de si, no obstante el predominio político del protector, existe una subordinación ó una existencia paralela del Estado protegido, ó la de si es soberano ó no soberano, necesita ser contestada categóricamente. Para un

orden de consideraciones políticas, puede resultar que falte la independencia á tales Estados, ó que sea dudosa, y la dificultad de precisar esto es de mucha más importancia que el conocimiento jurídico del mismo. Un Estado no soberano sólo puede existir asociado á otro que sea soberano. Por esto el territorio y el pueblo necesitan ostentar una doble cualidad: han de ser territorio y pueblo del Estado superior (1). Si, pues, es lo mismo jurídicamente un ataque á un Estado de esta clase que un ataque al territorio que lo domina; si éste tiene el deber de Derecho Político de considerar á los súbditos del Estado sometido como suyos, y de garantizarles, conforme á esto, su protección de

(1) Las relaciones jurídicas de dependencia son puramente de naturaleza de Derecho Internacional, sin efectos en el Derecho Político. Esto intentó probar Rehm, ob. cit., pág. 72 y sigs., estableciendo analogías con el Derecho Privado é invocando el Código civil. Pero esto plantea de nuevo la cuestión crítica: ¿con qué derecho se pueden aplicar principios sacados de la organización del Derecho Privado de un determinado Estado, para la construcción del Derecho Internacional, que carece aún en muchos puntos de fijación? Incluso si se admite que se puede usar de tales analogías en este caso, esto no prueba nada, pues las relaciones de dependencia en el Derecho Privado no disminuyen jamás la personalidad, en tanto que una relación de dependencia en el Derecho Internacional necesita consistir justamente en una disminución de la soberanía, por tanto, en la *capitis deminutio* internacional. Pero lo decisivo es que la *dependencia* no es una categoría jurídica, sino social. Jurídicamente sólo hay relaciones de coordinación ó subordinación, y no de dominación ó no dominación, *tertium non datur*. Si se admiten las relaciones jurídicas de dependencia que no tienen una naturaleza de *imperium*, entonces habríamos prescindido de la independencia privada de la mayor parte de los hombres, y tendríamos hallada la categoría jurídica que ansía la queja socialista para fundar la esclavitud del salariado.

Derecho Internacional; si, por último, tienen éstos deberes legales permanentes hacia el Estado dominante, un Estado tal ha de ser considerado jurídicamente como no soberano. Si, por el contrario, á pesar de su unión con otro Estado conserva la autoridad jurídica exclusiva sobre su territorio y su pueblo, de modo que el otro Estado sólo tenga facultades determinadas contractualmente, pero ninguna autoridad de dominación que sea independiente de la voluntad del primero, entonces, cualquiera que pueda ser su situación política, se ha de considerar al Estado soberano (1).

Con este mismo criterio se determina también el carácter jurídico de la causas anormales de unión, tales como, por ejemplo, la de Waldeck con Prusia, fundada en un contrato de cesión. Aun cuando sea la segunda la que dirige el gobierno de la primera, este principado es, no obstante, completamente independiente, desde el punto de vista jurídico, de Prusia. Ninguna ley prusiana tiene en Waldeck fuerza legislativa; Waldeck no es una parte del territorio del Estado prusiano; los súbditos de Waldeck no son súbditos prusianos; los funcionarios nombrados por Prusia para el principado no son funcionarios prusianos; el representante del poder de Waldeck en el *Bundesrat* está nombrado por el príncipe, y es el representante del Estado en lo exterior. Waldeck no está, por tanto, sometido á Prusia, sino que está, con respecto á ésta, en una situación jurí-

(1) Pillet, *Revue Générale de Droit International public*, II, 1895, página 598, afirma de un modo consecuente, partiendo del principio de que los Estados protegidos no son soberanos, que el Estado protector tiene siempre un derecho de soberanía sobre los asuntos interiores del Estado protegido. Rehm, *Staatslehre*, página 86, en cambio, cree poder fijar los límites que existen entre la situación de ambos Estados, teniendo en cuenta el fundamento contractual del protectorado.

dica de dependencia como un Estado alemán miembro de la federación, y además en una relación contractual, que puede ser jurídicamente disuelta (1).

El tratar de afirmar el carácter jurídico de estas uniones y separarlas de las relaciones políticas fundadas por ellas, no tiene para nosotros exclusivamente una importancia teórica. Justamente, con motivo de estas formas de uniones, puede fácilmente suscitarse la cuestión jurídica de si se trata de una sentencia arbitral de Derecho Internacional, ó de la solución de una cuestión práctica de derecho constitucional, ó exclusivamente de comprobar los derechos del individuo.

Todas aquellas relaciones de dependencia no están organizadas. No hay órgano particular alguno de los Estados unidos de esta suerte, en los que pueda expresarse la unión y que sea apropiado para servir á los fines de la misma.

2. *El Estado superior con los Estados inferiores (Estado de Estados)* (2).—Bajo esta denominación se habrá de comprender una forma política de unión de Estados. Un Estado soberano ejerce su dominación sobre los Estados que le están sometidos, los cuales se organizan libremente dentro de los límites jurídicos que le han sido asignados por la naturaleza misma del Estado superior. En lo interior poseen una amplia independencia; pero en lo exterior, á causa de su subordinación, experimentan una gran limitación, y están obligados, con respecto al Estado superior, á prestaciones militares y de carácter económico. Dentro de este tipo existe una rica variedad. El tipo mismo es

(1) Véase sobre estas relaciones Böttcher, *Das Staats. des Fürstentums Waldeck Handbuch des öff. Rechts*, III, 2.<sup>a</sup>, págs. 154, 160 y sigs.

(2) Véase Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen*, página 137 y sigs.

primitivo y se encuentra ya en el antiguo Oriente, donde hoy, como en otro tiempo, es la forma que revisten los grandes Estados. También las corporaciones territoriales romanas estaban sometidas esencialmente á la majestad del pueblo romano; pero antes de la provincialización de los territorios sometidos á Roma, ya llevaban consigo este mismo tipo. El mundo medioeval presenta un número no menor de formaciones de esta clase, cuyo nacimiento se vió muy favorecido por el feudalismo. El sacro imperio romano-germánico, aun cuando es una formación *sui generis*, y es difícil incluirlo en una categoría, muestra tanto instituciones de un Estado general como de una confederación de Estados; pero desde la paz de Westfalia presenta muchos rasgos de una unión de Estados como los que venimos examinando. En la edad moderna debe contarse, entre los Estados de esta clase, el imperio otomano, en sus relaciones con los Estados cristianos y mahometanos vasallos. Por último, la India inglesa, en relación con los Estados vecinos, los cuales reconocen su supremacía.

La forma característica de esta unión de Estados radica en que no hay relación alguna necesaria entre la vida política del Estado superior y el inferior, y no existe, en general, institución alguna en que una comunidad de esta naturaleza pueda alcanzar su expresión. El Estado de Estados corresponde completamente, ó al menos de un modo predominante, al tipo de las uniones no organizadas. La subordinación del territorio y los ciudadanos del Estado inferior al poder del superior es, por lo común, indirecta, y por mediación del poder del Estado inferior, que queda sometido al del Estado superior (1). Algunas

(1) No deja, pues, de existir aquí el pueblo como elemento del Estado superior. Cuando Brie, *Grünhuts Zeitschrift*, pág. 143, dice que yo no considero como un concepto necesario para el

desviaciones particulares que se presentan con respecto á esto, no son suficientes para cambiar esencialmente la naturaleza del tipo (1).

Las formaciones de esta naturaleza nacen por causas históricas muy variadas: la debilidad interior de un imperio que lo conduce á su ruina; el deseo de asegurarse el Estado superior contra los ataques de los sometidos, á los que, después de vencidos, se les limita á veces, ó se les quita por completo sus deseos para dirigir ó hacer la guerra; el utilizar las fuerzas militares de los Estados sometidos, mediante una alianza permanente y obligatoria; el sometimiento de Estados, que hasta entonces eran independientes, para la explotación de fines económicos; las diferencias religiosas nacionales y culturales entre el pueblo del

Estado superior la dominación mediata de éste sobre los individuos, cabe responderle que en las relaciones políticas, á menudo muy anormales, de esta forma de unión de Estados, es posible que el poder del Estado superior no pueda manifestarse exteriormente, ni aun siquiera de un modo indirecto, respecto de los súbditos. Sin embargo, esta situación jurídica es la consecuencia simple de relaciones reales cuyo carácter anormal escapa á todo concepto jurídico. (*Staatenverbindungen*, página 157.)

(1) Así, en el antiguo imperio alemán ha subsistido teóricamente hasta su fin, á pesar de los restos de soberanía territorial, una subordinación directa de los países mediatizados respecto del imperio, lo que, de otra parte, era de muy poca importancia práctica. Nadie sabía de qué modo, desde el año 1663, habían de publicarse las leyes del reino. Häberlin, *Handbuch des deutschen Staatsrechts* (nueva ed., II, 1797, pág. 164), dice: «Las leyes del imperio que deben obligar á los súbditos de las clases ó estados del imperio, necesitan ser dadas á conocer á éstos por su soberano ó autoridad.» Pero ¿dónde está expresado en el derecho del imperio la obligación de tal promulgación?

Estado dominante y el del sometido, que impiden una completa unión de ambos, son otras tantas causas que provocan en la vida formaciones de este tipo de Estados. Pero su aspecto político, considerado desde el punto de vista de la moderna concepción del Estado, resulta enteramente anormal, porque no hay entre ambos Estados ningún interés común que los enlace y haga de ellos una unidad interna. Por lo que toca á los Estados occidentales, este tipo de formación pertenece al pasado.

3. *Uniones monárquicas.—Uniones personales y reales* (1).—Ambas formas de unión concuerdan en que, á causa de la identidad de la personalidad física del monarca, aparecen al propio tiempo en dos ó más Estados con una completa separación jurídica de su distinta propiedad de soberano. Estas uniones están limitadas, por consiguiente, á las monarquías. Cuando la unidad de la persona física del monarca no ha sido intencionalmente establecida por el Estado, sino que se trata de una coincidencia contingente, en sentido jurídico existe una *unión personal*. Por el contrario, si la comunidad de personas ha sido jurídicamente querida, tiene el carácter de una *unión real*. Esta es la forma en que se han fijado ambos conceptos por la nueva ciencia alemana (2). La distinción originaria de ambos tipos, se-

(1) Véase para la literatura antigua, á v. V. Juraschek, *Personal-und Realunion*, 1878, págs. 1-45; Jellinek, *Lehre von der Staatenverbindungen*, págs. 83 y sigs., 197 y sigs.

(2) La reforma de la terminología que proponen Rehm, *Staatslehre*, pág. 103, y Bernatzik, *Grünhuts Zeitschrift*, XVI, pág. 276, son tanto más de rechazar cuanto que aquí en este orden de cuestiones existe unanimidad, al menos en la ciencia alemana, desde H. A. Zachariae. Ante un hecho tan extraño como éste, deben ceder incluso las consideraciones realmente más justificadas. Sólo así se podrá escapar á la ilimitada confusión que en esta materia domina en la literatura extranjera.

gún que sea común á ambos meramente la persona del monarca ó existan además asuntos de Estado comunes á los dos, distinción que aunque se encuentra en la literatura extranjera y se lee en la prensa diaria, no tiene importancia jurídica alguna y está basada en notas puramente exteriores.

La *unión personal*, como hemos dicho, no es, en el sentido jurídico, unión de Estados, sino sólo una *communio incidens* de Derecho Político é Internacional del titular del más alto órgano del Estado, pero con independencia mutua y plena de las organizaciones de ambos Estados. No hay nada estatista común, desde el punto de vista jurídico, en las comunidades así unidas, y todo lo que tenga este carácter entre ellas, es, por tanto, contingente ó descansa sobre otros fundamentos jurídicos.

El caso normal de la unión personal nace cuando, á causa de la ley de sucesión al trono, ley distinta en cada Estado, viene á recaer la corona de varios sobre una misma persona (1). Dura

Así, por ejemplo, Rivière, *Principes*, I, pág. 95, considera las relaciones de la Gran Bretaña con la India como una unión personal, y Graf, en *Bonfils-Franchille*, pág. 86, acepta este punto de vista sin crítica, no obstante haber escrito en unas cuantas líneas anteriores que la unión personal es una unión limitada temporalmente, y haber reconocido á cada uno de los Estados así unidos su «soberanía personal plena».

(1) Una desviación de esta norma en el mundo político actual es la que ofrece la unión personal entre Bélgica y el Estado del Congo desde 1885, la cual probablemente tendrá pronto fin mediante la dominación del último por el primero. Con la desaparición de la monarquía electiva, sólo de un modo excepcional puede la elección, al establecerse una nueva dinastía, dar lugar á una unión personal. Un tipo completamente nuevo de unión personal sería la que resultase de la unión á la corona de Prusia de la Alsacia-Lorena, transformada previamente en Estado monárquico; unión que no podría descansar sobre un pacto entre ambos Estados.

tanto tiempo como permanecen convergiendo en una persona los distintos derechos, y desaparece tan pronto como esta coincidencia contingente se deshace por haber sido llamados á la corona, según el orden de sucesión al trono, personas diversas. Así, en el siglo XIX, se ha visto desaparecer la unión personal de la Gran Bretaña con Hannover en 1837 y la de Holanda y Luxemburgo en 1890, á causa de la divergencia en la sucesión al trono, siendo en la primera los cognados los llamados y en el segundo los agnados, por ser posible que sucediesen las mujeres en la Gran Bretaña y Holanda, y por estar excluidas del trono en Hannover y Luxemburgo.

Por poco interés que ofrezca la consideración jurídica de las uniones personales, es mucho el que ofrecen desde el punto de vista político. Uniones que originariamente eran contingentes, han sido en muchos Estados, que jurídicamente eran enteramente independientes unos de otros, el comienzo de una unión más estrecha y hasta de una completa fusión. Castilla y Aragón, Inglaterra y Escocia, los países hereditarios alemanes y bohemios de Austria y las relaciones de ésta con Hungría, son ejemplos expresivos del papel importante que las uniones personales han desempeñado en el proceso de formación de los modernos Estados. Otras uniones que, por el contrario, se han resistido á tales fusiones, han sido para alguno de los miembros, y muchas veces para ambos, un mal. En este sentido hemos de recordar la política hannoveriana de los reyes ingleses que llevaron el nombre de Jorge. Hoy las uniones personales suscitan una viva desconfianza, la cual se manifiesta en que en un gran número de Constituciones, especialmente alemanas, se trata de dificultar, y aun de impedir completamente, la formación de tales uniones personales (1). Para el porvenir se disminuirán

(1) Véase, por ejemplo, la Constitución de Baviera, tít. II,

las dificultades y los peligros de una unión personal, que hoy, y aún más tarde, han de encontrar el obstáculo de una política dinástica. Aquellos peligros, sin embargo, subsistirán cuando se trate de la unión de un pequeño Estado con otro mayor. Sería muy delicado, sin embargo, para el imperio alemán, el que un príncipe de la confederación fuese al mismo tiempo soberano de un príncipe extranjero. Algunas Constituciones han tomado precauciones contra esto, y se puede recomendar como de *lege ferenda* la determinación de la Constitución imperial de Frankfurt, conforme á la cual ningún jefe de Estado extranjero puede al propio tiempo gobernar un país alemán, ni un príncipe reinante en Alemania, sin renunciar á su gobierno alemán, aceptar una corona extranjera (1).

Es importante políticamente que esté excluida la guerra entre los Estados unidos en unión personal, pues no tendría sentido que un monarca luchase contra sí mismo. Incluso si el monarca de un Estado perteneciente á un Estado federal se viese obligado por el derecho federal á una guerra contra los demás miembros de la federación, no podría él hacerlo; le sería preciso, en tal caso, ó abandonar el Estado comprendido en la federación, ó se vería constreñido este Estado por el poder federal á tomar parte en la guerra contra la voluntad de su soberano (2). En el Estado federal, donde los Estados miembros no

§ 6.º; Baden, ley dinástica de 4 de Octubre de 1827, § 3.º número 4; Aldenburg, Constitución, § 15; Coburgo-Gotha, Constitución, §§ 9.º y 19, exigen el consentimiento de las Cámaras; Prusia, Constitución, art. 55; Sajonia, Constitución, § 5.º, y entre los Estados extranjeros, Bélgica, art. 62; Dinamarca, art. 4.º; Rumania, art. 91; está completamente prohibida en Grecia, art. 58.

(1) § 4.º

(2) Bric, en *Grünhuts Zeitschrift*, XI, pág. 105, construye un caso de esta naturaleza que queda fuera de las posibilidades

tienen ningún derecho independiente á declarar la guerra, no puede existir tal conflicto. La cuestión acerca de la posibilidad de la guerra entre los Estados unidos personalmente, es uno de aquellos puntos en que la construcción jurídica ha de ceder ante la consideración de la posibilidad política.

Entre los Estados unidos personalmente es posible una coacción de Derecho Internacional, pero no de naturaleza guerrera (retorsión, represalias). Del mismo modo, no está excluida del Derecho Internacional una cierta subordinación coactiva de un Estado á otro.

Una disolución circunstancial de la unión se produce cuando en los Estados unidos, en vez del monarca impedido, dominan regencias distintas—como sucedió antes de la muerte del rey y gran duque Guillermo III en Holanda y en el Luxemburgo,—ó cuando el monarca, según la Constitución de uno de los Estados, llega á la mayoría de edad, mientras que en las demás se considera aún como menor y está representado por una regencia. Así, pues, lo esencial é importante, políticamente, en la unión personal, la que jurídicamente sólo es una unión aparente, radica exclusivamente en la comunidad del substrato físico de la voluntad del soberano, el cual no existe cuando distintos representantes de un individuo han de expresar la voluntad suprema de cada uno de los Estados.

La unión real es un lazo que descansa en un pacto (1) entre

políticas. Igualmente v. Holzendorff, en el *Handbuch des Völkerrechts*, II, pág. 126, presenta aún otra posibilidad: la de que la regencia de un Estado declare al monarca la guerra (pág. 125). Está conforme conmigo Ullmann, ob. cit., pág. 44.

(1) Pacto (*Vereinbarung*), en el sentido que indico en mi *System*, cap. XII; esto es, como expresión de una declaración única de voluntad de una pluralidad de individuos que coinciden en el contenido de sus actos voluntarios.

dos ó más Estados, en virtud del cual la persona del príncipe resulta común, teniendo el príncipe en cada uno de los Estados de la unión una situación jurídica de órganos independiente de la que tienen en el otro ú otros Estados. La unión real es una unión organizada que se expresa en el monarca común, el cual, en un sentido jurídico, representa una variedad de soberano y simboliza la unión. Además, pueden ó necesitan tener asuntos considerados como comunes por acuerdo mutuo. El pacto es el único fundamento jurídico de las uniones reales, juzgadas según nuestros modernos conceptos de Derecho Político é Internacional. Es inexacta la teoría que considera la unión real basada sobre la ley constitucional de uno ó varios Estados, y conforme á esto la definen como unión constitucional de varios Estados bajo un mismo jefe (1). Puede ser recogida dentro de la ley, de igual modo que todo tratado internacional, mediante la publicación por el Estado en el interior, y tener de esta suerte el carácter de una ley. Brie ha buscado otros fundamentos que sirvan de origen á la unión real como pacto, sin poder aducir ejemplos históricos (2). Tales casos quedan enteramente fuera del reino de las posibilidades políticas, y necesitan además ser consideradas como uniones personales ó uniones de Estados que descansan en un pacto, si han de permanecer los Estados así unidos, independientes unos de otros; v. Jurascheck quiere ampliar el concepto de unión real hasta abarcar la comunidad de los demás elementos del Estado además del de la personalidad del soberano, lo cual es exclusivamente una construcción escolástica desviada de la reali-

(1) Fué fundada esta doctrina por H. A. Zachariae; véase sobre ella *Lehre von den Staatenverbindungen*, pág. 197 y sigs.

(2) Brie, en *Grünhuts Zeitschrift*, XI, pág. 137. Véase además *System der subj. off. Rechte*, pág. 308, núm. 1.

dad (1). Del Derecho Político futuro solamente debería hablarse donde exista la perspectiva de que lleguen á ser realizadas las formas encontradas *a priori*. La unión real es tan singular, y es tan raro que se repitan las condiciones históricas que la originaran, que con muy poca frecuencia se halla en el pasado, y aun en los tiempos modernos, tiene muy pocos representantes. Desde que fué disuelta la unión de Suecia y Noruega sólo existe un caso que la representa, y en lo futuro, al menos en los Estados de civilización europea, apenas si podrá de nuevo realizarse.

Los miembros de una unión real son completamente independientes unos de otros en el sistema jurídico, y en nada se encuentra afectada la soberanía de ellos por el hecho de un pacto. No hay ningún Estado superior que esté sobre los miembros de la unión á cuya voluntad soberana estén sometidos los Estados unidos. La unión real es, por tanto, una unión de Derecho Internacional que, como toda unión permanente de Estados, produce efectos de Derecho Público, cuyo vigor depende de la mayor ó menor amplitud de las relaciones de los Estados que se unen. Considerada más de cerca, se trata de un caso especial de confederación de Estados, pues el mantenimiento de la personalidad común del monarca es una obligación mutua de los Estados unidos, y encierra, por tanto, en sí una alianza permanente defensiva. Por esto los Estados de unión real aparecen exteriormente como un poder común, al menos en tanto se pone en cuestión la guerra y la paz.

El carácter primario de Derecho Internacional de la unión real, cualesquiera que puedan ser sus efectos sobre las instituciones de Derecho Político de los Estados unidos, exte-

(1) Véase *Staatverbindungen*, pág. 205 y sigs. La doctrina de v. Jurascheck no ha tenido influjo en la literatura.

riorizase especialmente en que nunca crea un poder federal común al que estén subordinados los Estados particulares. No hay, por tanto, en la sanción real mismas leyes de la unión, sino sólo leyes de miembros de la unión que descansan en el pacto de los miembros de ésta. No hay administración única, sino sólo comunidad de administración. La hacienda es hacienda de sociedad, no de corporación, y los gastos de la unión son cubiertos por las contribuciones de los miembros. Además, no hay un indigenato único ni un solo territorio; sólo en los asuntos de política exterior aparecen como unidad los Estados de una unión real, porque ante el Derecho Internacional producen los mismos efectos la acción permanente común de varios Estados y la unidad interna de uno solo y mismo, con tal que aparezcan como una comunidad. Por esto los ciudadanos que pertenecen á los Estados que forman una unión real, tienen carácter de ciudadanos de la unión; su territorio, de territorio de esta unión misma; todo lo cual, para los efectos del Derecho Internacional, aproxima la unión real al Estado unitario.

Las uniones reales han sido conocidas por vez primera en los tiempos modernos. Suponen una organización monárquica del Estado muy desarrollada, que faltaba en la antigüedad, en la que coexistieron una variedad de Estados, así como le faltó igualmente el acusar la unidad del Estado tal como en el continente hubo de mostrarse por vez primera con la victoria de la monarquía sobre las clases ó brazos. Considerando el aspecto político, son estas uniones reales resultados de esfuerzos fracasados por llegar á fundar un Estado unitario, compromisos que la mayor parte de las veces sólo han existido allí donde las diferencias nacionales han impedido el establecimiento de un Estado unitario que aprisionase varios Estados. No se han de confundir con las legítimas uniones reales ni con aquellos casos en que varios Estados, en virtud de una Constitución común,

se unen en un Estado unitario, conservando cada uno sus instituciones peculiares. Así, por ejemplo, la Gran Bretaña descansa sobre el acta de unión de 1707, acta que, aparentemente, es un contrato entre Inglaterra y Escocia, pero que en verdad sólo es una ley inglesa. La Gran Bretaña es, por tanto, jurídicamente un ensanchamiento de Inglaterra, pues en ninguna parte se atribuye á Escocia un derecho que impida su modificación por un acto del Parlamento, ni el de organizarse por sí misma, y jurídicamente este acto de unión no se diferencia en nada de otros de la actividad legislativa del Estado inglés. Incluso lo que algunas veces ha sucedido, esto es, que varios territorios ó Estados separados hasta entonces lleguen á formar una unidad por haber reconocido de un modo permanente la autoridad común de un soberano absoluto ó casi absoluto, no es caso que pueda convenir á la unión real. En tanto que hubo de dominar la idea del monarca como propietario del Estado, no pudo llegar á generalizarse la concepción de que el monarca no puede hacer cesar por sí la independencia del Estado. Por esto conducía la unión personal, sin que fuese posible á menudo determinar, á afirmar concretamente el momento del tránsito á un Estado unitario, y por esto la unión real es una formación que pertenece á los tiempos modernos, pues dadas las relaciones medioevales y la diferencia que se establecía entre la soberanía territorial y la del poder del Estado—diferencia que subsiste hasta la paz de Westfalia,—no era posible que pudiese ser objeto de aplicación.

El primer ejemplo de una unión real legítima es el que se estableció entre los países de los Habsburgos, y especialmente la fundada entre Hungría y las demás regiones por la pragmática sanción, unión que subsiste hoy, después de muchos cambios, en forma de unión de las regiones de la Corona de Hungría con los reinos y regiones de Austria, constituyendo la monarquía

austro-húngara (1). En nuestro siglo, la unión real que ha seguido ha sido la de Suecia y Noruega, fundada en la convención de

(1) Véase acerca de esto, y sobre otras doctrinas que se separan de la apuntada, nuestra obra *Lehre von den Staatenverbindungen*, pág. 227 y sigs.; además Ulbrich, *Das österreichische Staatsrecht, Handbuch des öff. Rechts*, 3.<sup>a</sup> edición, 1904, página 47 y sigs.; Seidler, *Furist. Kriterium*, pág. 90 y sigs.; Hauke, *Grundriss der Verfassungsrechts (en Grunds. des öst. R., III)*, página 141 y sigs. El reconocimiento de la independencia del Estado húngaro por parte de Austria en el año 1867, y la disposición en que, á causa de esto, hubieron de quedar unidos ambos Estados, ha dado lugar, frente á la doctrina dominante, á otras teorías, que han crecido apoyándose en la base de determinadas concepciones políticas. Así, por ejemplo, influye en Austria la antigua idea centralista, al afirmar la existencia de un Estado común, no obstante la división interior de los reinos. En tanto que en Hungría encuentra, por el contrario, partidarios la posibilidad de una separación aún más radical que la que existe, y se afirma que la soberanía del Estado húngaro llega á su extremo incluso en aquella dirección en que le es atribuido un poder jurídico ilimitado sobre las normas de la ley de la igualdad de Hungría (ley de 1867, art. 12). De un modo objetivo y sin violencia, sólo puede explicar los más importantes fenómenos jurídicos de la vida política de Austria-Hungría la doctrina que hemos mantenido, pues todas las demás conducen á contradicciones insolubles y se oponen á la realidad política. Toda aceptación de elementos federativos en Austria-Hungría, ó toda consideración de esta unión como un Estado federal desenvuelto, se estrella ante esta consideración: que todo Estado federal, por rudimentaria que sea su situación, ha de dominar á sus miembros; pero un Estado que recibe toda su fuerza de sus Estados miembros, y que frente á éstos no aparece con el más mínimo poder jurídico para realizar sus exigencias, que carece de un procedimiento para decidir jurídicamente los conflictos interiores, y cuya existencia es negada expresamente por uno de sus miembros, un Estado de tal clase sólo puede tener realidad en el reino etéreo de la dialéctica jurídica.

Moss de 1814 y en el acta del imperio de 1815 (1). Ambos tipos nos muestran de qué diversas formaciones positivas es susceptible la unión real, pues Suecia-Noruega sólo tenía la perpetuidad de un rey común. En cambio, Austria-Hungría está sometida á la dinastía de Habsburgo, en tanto que existan sucesores de Leopoldo I, y además queda un amplio campo de actividad estatista, de mucha importancia, que es común á las dos, tales como administración de asuntos internacionales, de guerra y de hacienda. Hay otras muchas formaciones que pertenecen á las uniones reales, según muchos, tales como Polonia-Rusia, Finlandia-Rusia, Croacia-Hungría y Sajonia-Coburgo-Gotha; mas este criterio hemos demostrado en otro lugar que no puede mantenerse, pues no se trata de unión de Estados (2).

(1) También, respecto de esta unión, se ha buscado una interpretación de los hechos de acuerdo con los deseos políticos. Así Rentersköld declara, en *Archiv. f. öff. Recht*, XIV, pág. 378, que Suecia-Noruega era un Estado de Estados ó un Estado compuesto. Pero la unión (pág. 380) no estaba organizada desde el punto de vista del Derecho Público, sino sólo personificada, por decirlo así, en el rey; con otras palabras, la unión no era un Estado, y, por tanto, tampoco un Estado de Estados. Otros escritores suecos van aún más lejos y niegan á Noruega el carácter de Estado, por haber sido cedida *de jure* por Dinamarca á Suecia y no haber sido reconocida jamás con personalidad substantiva en el Derecho Internacional; pero no consideran estos autores que la existencia de un Estado es un hecho que no se puede hacer desaparecer del mundo mediante una deducción jurídica. Los nuevos resultados muestran hasta qué punto carecen de valor estas especulaciones, pues el Estado sueco-noruego ha desaparecido á causa de la ruptura de la unión por parte de Noruega, sin haber dejado tras de sí la más ligera huella.

(2) *Staatenverbindungen*, pág. 70 y sigs., y *Staatsfragmente*, pág. 34 y sigs.

En la unión real no hay posibilidad de una guerra entre los Estados que forman la unión; pero esto no excluye una coacción de otro carácter de Derecho Internacional, pues en caso de conflictos de intereses éste no sirve de medio para proteger el sometimiento completo de un Estado á otro, lo cual tiene grande importancia cuando se trata de las relaciones de la unión de un Estado débil con otro fuerte (1).

Una nueva fundación de uniones de esta naturaleza no será posible en lo futuro. Las dificultades para unir de un modo permanente, en cualquier forma, Estados formados por nacionalidades distintas, y las tendencias enemigas de la unión á causa de la soberanía de cada uno de los Estados, se oponen á la existencia de tal unión, y son otros tantos obstáculos en el camino hacia la evolución de uniones reales, como lo prueba de un modo manifiesto la historia de las relaciones mutuas de los Estados que constituyen uniones reales en los tiempos moder-

(1) Como hemos dicho, los defensores del carácter de Estado de Finlandia y Croacia se proponen, sin duda, asegurar á estos países de los ataques de los grandes Estados á que se encuentran unidos. Pero incluso la imposibilidad de hacer la guerra, pondría á los pequeños Estados unidos en una situación aún peor que la de los que no están unidos, porque este hecho dejaría ya excluidos para ellos toda mediación y arbitraje de Derecho Internacional, pues éste no los tiene en cuenta para nada, y además las disposiciones del acta de la Haya se refieren sólo á los casos de guerra. Por el contrario, el que conserven tales países una organización dentro de la del Estado general, prueba la posibilidad jurídica de que sólo es dable modificar la constitución que les está garantida mediante leyes. Por esta misma razón, los Estados de un Estado federal tienen también jurídicamente, frente á un miembro poderoso de la federación, una situación enteramente distinta á la de los miembros de una confederación de Estados.

nos. En tanto que en el Estado federal no puede existir por largo tiempo un partido enemigo del poder central, en las uniones reales existen hoy, en cambio, partidos adversarios de la unión real. Además existe una completa falta de relaciones orgánicas en las modernas uniones reales, pues se carece de un tribunal arbitral que decida sobre los requerimientos que nazcan de las colisiones entre los Estados miembros. El resultado de estas luchas depende, pues, completamente de los factores reales de poder, y por tanto, no es dable determinarlos jurídicamente. El fin de la unión sueco-noruega es, y será siempre en el porvenir, una advertencia política cuando se trate de nuevas formaciones de uniones de Estados de esta naturaleza.

Por lo que se refiere especialmente á los Estados alemanes, les está prohibido para el porvenir entrar á formar parte de una unión real; no tendría esto sentido, además, entre los Estados miembros de un Estado federal, porque falta para ello un motivo racional. Dos Estados miembros alemanes pueden llegar á una unión personal; pueden también formar un Estado unitario con instituciones particulares conforme á la unión. Pero una unión real que deje subsistir ambos Estados en su cualidad de tales no tendría ningún fin, pues la defensa común en el exterior no es cuestión que competa á los Estados miembros alemanes. La unión de uno de éstos con uno extranjero sería aún más delicada, políticamente considerada, que la unión personal prohibida por muchas Constituciones alemanas, pero jurídicamente está igualmente prohibida. La unión real se propone la defensa común de los Estados unidos y el cuidado de los asuntos extranjeros de un modo igualmente común. Estas uniones no están permitidas por la Constitución en vigor del imperio (1).

(1) Asimismo piensa G. Meyer, *Staatsrecht*, pág. 600, nota 33, mas interpreta mis afirmaciones, *Staatverbindungen*, pág. 292,

Bajo el concepto de la unión personal ó real no caen determinadas situaciones vacilantes, que existen siempre que hay paso de un Estado, ó de una parte de un Estado, á otro, ó de la formación de un nuevo Estado de varios que hasta entonces estaban separados y que se unen bajo la personalidad del mismo soberano. No es admisible considerar como fundación de una unión personal la cesión de Lombardía (1859) y Venecia (1866) á Napoleón III, pues estos actos sólo fueron el paso para una incorporación al reino de Italia, y no se pueden considerar como el fundamento de una unión personal entre Francia y estos territorios. Tampoco se puede aplicar la categoría de unión real á la situación de Moldavia y Valaquia (1861-66), pues la unión de ambos principados bajo el mismo jefe de Estado, es tan sólo un primer acto para la fundación de Rumania. Asimismo Schleswig y Holstein-Lauenburgo, después de su entrega por Dinamarca á Austria y Prusia (1864-66), tampoco pueden considerarse como ducados que tengan con aquellas otras potencias una relación de unión personal ó real. La renuncia de Austria á Lauenburgo, en la convención de Gasteiner, no ha puesto á este ducado en una situación de unión real hasta que se unió á Prusia (1865-76), sino que más bien le creó una situación en que quedaba en suspenso. En todos estos casos falta todo motivo para unión permanente entre las partes reunidas, pero que tienen existencia política separada. En la esencia de la unión real inside el que se establezca por tiempo indefinido, ó al menos por la duración de una dinastía. De igual suerte que la confederación de Estados, también ella nace para vivir de un modo perdurable. Indica

como contrarias á la posibilidad de una unión personal, siendo así que yo sólo hablo allí de la entrada de un Estado miembro en una confederación de Estados ó en una unión real.

desconocer su esencia el querer comprender bajo su concepto situaciones transitorias que se le parecen.

La unión real concluye por una transformación en Estado unitario, ó por la disolución del lazo de unión á causa de que distintos monarcas obtengan la corona en cada uno de los Estados particulares, ya por un procedimiento constitucional, bien por un acto de fuerza, conquista ó destronamiento. Una disolución circunstancial de la unión á causa de una regencia legal distinta, como es posible en las uniones personales, no puede existir en las reales, porque en éstas no sólo han de ser idénticas en todos los Estados de la unión las disposiciones sobre la sucesión al trono, sino las que se refieren á la representación de la monarca impedido.

4. *La confederación de Estados* (1).—La confederación de Estados es la unión permanente de Estados independientes, unión que descansa en un pacto, por el que se unen los Estados con el fin de proteger el territorio de la confederación exteriormente y asegurar entre ellos la paz interior. Puede además añadirse la prosecución de otros fines. Esta unión necesita una organización permanente para que puedan ser realizados los objetivos de la confederación. Mediante la nota de permanencia, la unión no está meramente limitada á determinados *casus*

(1) La literatura sobre la confederación de Estados y el Estado federal es abundantísima. Puede hallarse una bibliografía muy amplia en Bushnell Hart, *Introduction to the study of federal government*, Boston, 1891, págs. 178-192, la cual no es completa. Véase además Le Fur, X-XVII. Por lo que se refiere á la concepción científica de ambas formas de unión, corresponde sin duda alguna á la ciencia alemana el lugar preeminente. La nueva literatura alemana, así como las más importantes extranjeras, están indicadas en Laband, I, pág. 51, nota, y G. Meyer, pág. 39, nota 1.

*foederis*, y por esto, así como por la existencia de órganos permanentes, eleva la confederación sobre todas las formas de alianza defensiva.

La confederación no disminuye jurídicamente la soberanía de los Estados confederados, sino que, más bien, se obligan éstos mutuamente, con el fin de conservar su soberanía, á ejercitar ciertas funciones, bien sólo en común, ó al menos á hacerlo en común, bajo determinadas circunstancias. Estas funciones corresponden, en primer lugar, dado el fin de la unión, á las relaciones internacionales con los demás Estados. El ejercicio en común del derecho de la guerra y la paz, de acordar tratados y nombrar embajadores dentro de los límites que marca la confederación, son esenciales á la naturaleza de éste, la cual, como toda unión, tiene un poder para unir. Pero este poder, que cuida de la administración, de los asuntos de la confederación, no es un poder estatista, pues carece de *imperium* sobre los asuntos de los Estados de la confederación, y no tiene medios de Derecho Público para que su voluntad se cumpla; más bien habrá de recurrir, frente á los miembros de la confederación que se muestren rebeldes, á una coacción de Derecho Internacional, que en aquellos casos en que no hay ninguna fijación por pacto, toma el carácter de guerra y en otros el de ejecución federal. Ésta, precisamente, aplica también las reglas de la coacción internacional, tales como, por ejemplo, la intervención armada de varios poderes para el mantenimiento de las obligaciones internacionales por parte de un tercero.

La opinión opuesta, según la cual la confederación tiene un carácter corporativo, á cuyo poder, por tanto, atribuye derechos de soberanía sobre los Estados que la forman (1), conduce necesariamente á incluir la confederación en la categoría de

(1) Véase especialmente G. Meyer, *Staatsrecht*, pág. 40; Brie,

Estado, y, por tanto, desaparece toda diferencia esencial entre ella y el Estado federal (1).

La afirmación que siempre renace sobre la soberanía del poder federal en la confederación, se debe á un fenómeno de la vida de ésta, que no se puede desconocer. La confederación, tanto en lo exterior como respecto á sus miembros, parece obrar como unidad cuya voluntad está enteramente separada de la de sus miembros. Pero frente á esto necesita afirmarse que el número de las confederaciones es escaso y la organización del Derecho Internacional muy poco consistente para que se pueda probar de este modo la existencia de corporaciones internacio-

---

*Theorie der Staatenverbindungen*, pág. 84 y sigs.; Haenel, *Staatsrecht*, I, pág. 118; Le Fur, pág. 511 y sigs.; v. Stengel, in *Schmollers Jahrbuch*, págs. 795 y sigs., 1.132 y sigs.; Rehm, *Staatslehre*, pág. 86 y sigs., quiere distinguir dos clases de confederación, una con carácter de sociedad y otra corporativa.

(1) Á esta consecuencia inevitable sólo podía sustraerse la teoría de G. Meyer, según la cual la comunidad política es el concepto amplio y el Estado el más estricto. Que la confederación es un Estado, lo afirma desde su punto de vista muy consecuentemente v. Stengel, pág. 1.136. Cuando Rehm, *Staatslehre*, pág. 88, nota 1, dice que el concepto Estado implica soberanía inmediata sobre los individuos, y que esto falta en la confederación, se hace imposible á sí mismo el considerar como Estado á un Estado superior con relación á los Estados vasallos, como sucede en Turquía, ó un Estado del tipo del feudal, en el cual los territorios formasen verdaderamente Estados, y en el que el señor supremo sólo ejerciese soberanía directa sobre los señores vasallos. Pero en la página 104, este mismo autor incluye relaciones de esta naturaleza en el concepto de Estado. Esta contradicción no puede él resolverla. Conciben la confederación como Estado Cloppel, *Dreißig Jahre deutscher Kämpfe*, pág. 26 y sigs., y Affolter, *Hirts Annalen*, pág. 829. Contra ambos pueden verse las acertadas observaciones de Anschütz en la obra de G. Meyer, *Staatsr.*, pág. 41, notas 2 y 4.

nales superiores á los Estados miembros y dotadas de voluntad. Dentro del Estado existen, sin duda alguna, una multitud de formaciones, ya sociales, ya corporativas. Pero sería inexacto, metodológicamente, deducir de la existencia de estas formaciones internas del Estado la existencia de formaciones supraestatales con este mismo carácter. Sería puro Derecho Natural prescindir del aspecto positivo del Derecho Internacional, subordinar las relaciones de éste, sin más, á un concepto nacido dentro de un sistema jurídico interior al Estado y colocar junto á la personalidad del Estado, generalmente reconocida por el Derecho Internacional, la de la corporación de aquél (1). La comunidad firme y la pluralidad de una unidad de Estados produce los mismos efectos políticos. Resulta, que basta aquella comunidad que descansa en el pacto, para explicar los fenómenos análogos á los de corporación de la vida de la confederación. Pero si se quiere encontrar una analogía en la organización jurídica interior de un Estado, la única que podemos aplicar es la que ofrece la asociación con órgano común. La confederación puede, por tanto, ser designada, con la reserva propia de toda analogía, como una comunidad internacional con órgano común (2).

El poder de la unión de la confederación sólo se ejerce sobre los miembros, esto es, sobre los Estados, por lo cual se aplica no más que á los órganos supremos del Estado. Pero no tiene un poder sobre los ciudadanos particulares de los Estados la confederación. Por lo que ésta no ofrece, como tal, una ciu-

---

(1) Véase *Lehre von der Staatenverbindungen*, pág. 177 y siguientes, donde, en lo que respecta á la naturaleza de la personalidad del Estado, he mantenido un punto de vista distinto del que actualmente defiendo.

(2) Véase la exposición de las comunidades de este orden en Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 682 y sig.

dadanía al individuo, ni una garantía de que sus conclusiones sean acatadas por todos los miembros de ella. La ejecución federal depende, como todo medio coactivo de Derecho Internacional, de las relaciones mutuas de poder de los miembros de la confederación. Así, por ejemplo, en la alemana, la ejecución federal con relación á los grandes Estados es una palabra vacía, y el cumplimiento de las resoluciones de la confederación depende realmente en ellos de su buena voluntad. Como los Estados miembros son soberanos, toda cuestión se presume siempre favorable á ellos, y se resuelve, por tanto, contra la competencia del poder federal. La ampliación de ésta sólo puede tener lugar por acuerdo unánime de los miembros, mientras que dentro de la competencia existente son posibles decisiones tomadas por mayoría, las cuales de ningún modo pueden considerarse como prueba de una superioridad del poder federal sobre los Estados. El que se admitan decisiones por mayoría no es suficiente para conferir á una asociación un carácter corporativo. Las decisiones por mayoría pueden ser tomadas tanto por corporaciones como por sociedades simples, y en unas y otras con fuerza para obligar á los miembros.

Las confederaciones de Estados pueden tener instituciones administrativas comunes, autoridades comunes; pueden participar en sus acuerdos las delegaciones parlamentarias de los Estados miembros, como se indicó ya en el proyecto de reforma propuesto por Austria para la confederación alemana en 1863. Todo esto no destruye el tipo de la confederación de Estados, con tal que los acuerdos de la confederación necesiten para ser ejecutados un acto de voluntad de los Estados miembros. El ejército de las confederaciones consistía siempre, hasta ahora, en contingentes de los Estados particulares, y sus rentas provienen de las contribuciones de los miembros; pero puede también suceder que existan renta y ejército comunes. En tanto que el

principio de la soberanía de los Estados miembros esté reconocido jurídicamente, las uniones de esta naturaleza, cualquiera que sea la forma que revistan, ostentarán siempre el carácter de una confederación.

Todas las que se han formado en los tiempos modernos, han ofrecido el tipo de que nos hemos ocupado. Sólo ellas pueden servir para adquirir uno que, en cuanto unión de Estados con carácter internacional, suponga una organización jurídica internacional muy desarrollada. Las uniones de ciudades de la Edad Antigua y de la Edad Media no pueden ser comparadas, sin incurrir en error, con las comunidades confederadas de los tiempos modernos, tanto á causa de la diferencia total que existe entre las relaciones antiguas y las actuales internacionales, cuanto por la situación diferente del Estado. Ni la liga Aquea ni la de la Hansa pueden servirnos para la comprensión de la moderna confederación de Estados.

La ciencia, aun cuando haya tenido en cuenta todas las formaciones antiguas, ha partido, para la fijación del tipo de la confederación de Estados, exclusivamente de las uniones modernas. La confederación de los Países Bajos, la de los Estados Unidos de América de 1776-1787, la confederación suiza, 1815-1848, la confederación del Rin y la germánica, son los fenómenos históricos de más importancia que han servido para abstraer de ellos el concepto de la confederación.

Enteramente distinto de este tipo fué la liga formada por los Estados rebeldes separados de la Unión americana (1861) (1).

(1) Véase Jellinek, *Staatenverbindungen*, pág. 87 y sigs. En Forster, ob. cit., I, págs. 111-268, se encontrará una explicación detallada de la doctrina de la secesión y nulidad, y de los hechos históricos que en ella se han fundado hasta el restablecimiento de la situación normal con la conclusión de la guerra de secesión.

Estos Estados querían, según la enseñanza de Calhouns (1), fundar un *federal government*, que debería tener un carácter de confederación de Estados. Los Estados confederados de América, como ellos se denominaban, debían tener un gobierno propio, que de un modo igual al de los Estados Unidos, había de ostentar un poder directo sobre el pueblo. Las propias modificaciones constitucionales podrían tener fuerza de obligar siempre que una mayoría simple las aprobase en ambas Cámaras del Congreso y una de dos tercios de la legislatura de los Estados; prescripciones menos difíciles de llenar que la de la Constitución de la Unión. Pero la Constitución era designada capciosamente como un contrato entre los Estados. Se reconocía igualmente de un modo expreso la soberanía permanente de los Estados de la Unión, y por tanto, se reconocía asimismo el fundamento teórico sobre el cual debía edificarse la nueva unión. La consecuencia práctica más importante era el derecho de nulidad de las leyes contrarias al derecho federal, derecho reconocido en la mayoría de los Estados, y el derecho de secesión á las minorías, en el caso de un conflicto profundo que no tuviese otra manera de ser resuelto. Pero esta confederación misma, si se hubiese podido afirmar, hubiese perdurado exclusivamente por la buena voluntad de sus miembros. El poder federal, no obstante su semejanza con un poder del Estado, hubiese sido sólo el poder de una unión al que había faltado la nota más esencial del poder del Estado, ó sea la capacidad incondicionada, la soberanía independiente de la voluntad de los súbditos. La presunción de competencia siempre habría sido favorable á los miembros contra la confederación, y una ampliación de la de ésta siempre hubiese dependido,

(1) *A discourse on the Constitution and government of the United States*, Works of Calhouns, I, 1863, págs. 109-406.

exclusivamente, dado el derecho de nulidad y de secesión, de la voluntad unánime de los Estados miembros. Este intento nos enseña que es posible crear un nuevo tipo de confederación que se desvíe ampliamente del que hemos examinado.

Se puede, pues, designar como la nota necesaria y firme de la confederación la de la soberanía de los Estados miembros. Este rasgo es exclusivamente el que diferencia la confederación de la forma política más nueva respecto de la unión de los Estados, ó sea el Estado federal.

Con este resultado coincide también, según otra dirección, el conocimiento jurídico. Toda unión de Estados que descansa sobre un pacto de Derecho Internacional, depende en su existencia de que no entre en colisión con los más altos intereses particulares de los miembros. El Estado jamás se debe á un contrato, sino que el contrato es el que existe á causa del Estado. El deber de ser fiel á los contratos tiene sus límites en la existencia del Estado, que también está obligado. El cumplimiento de la ley, en cambio, puede llegar hasta el sacrificio de la asociación. La realidad política corresponde también al principio. La confederación germánica, que se declaró que habría de ser eterna, se vió deshecha, porque su existencia la ponía en lucha con los más altos intereses de su miembro más poderoso. El salir de una confederación es romper el contrato, pero no revolverse contra una soberanía. Faltar á la fidelidad á un contrato se puede justificar jurídicamente en determinadas circunstancias, pero insurreccionarse contra un poder conforme con la Constitución, jamás. «El *ultra posse nemo obligator* no puede ser puesto fuera de vigor por cláusula alguna contractual, é igualmente tampoco existe contrato alguno que pueda precisar la medida del esfuerzo con que ha de ser satisfecho el contrato cuando los intereses propios del ejecutante no estén concordes con el texto suscrito y su interpretación primitiva».

va» (1). Además, es posible jurídicamente la disolución de una confederación por el acuerdo unánime de sus Estados miembros. Una unión estatista no puede en cambio ser disuelta nunca en derecho, es decir, por un procedimiento jurídico, por la voluntad de sus miembros. El suicidio político no es una categoría política.

Desde el punto de vista político, podría argüirse contra la concepción jurídica que aquí desenvolvemos, que la categoría de los Estados miembros de una confederación sólo puede tener sentido cuando se trate de un grande Estado; pero la subordinación real de los pequeños al poder federal es de tal naturaleza, que no puede hablarse prácticamente de su soberanía. Este punto de vista no es jurídico, porque los pequeños Estados, incluso si quedan fuera de una relación federal, se ven tratados en la libertad de sus movimientos por los Estados vecinos, especialmente por los grandes Estados. De aquí no debemos tomar pie para negar á los pequeños el carácter jurídico de soberano, de igual suerte que en el orden social las diferencias entre individuos y las relaciones sociales de dependencia que de aquí nacen, no son suficientes á fundar distinción jurídica alguna entre las personas.

A causa de esta soberanía de sus miembros, es la confederación una forma de organización permanente de Estados poco satisfactoria para aquellos que, por tener intereses comunes, están indicados para una unión firme. La comunidad nacional, especialmente el tener una historia común, así como la independencia respecto de una soberanía común anterior, han sido los motivos principales para la formación de confederaciones; pero ninguna de ellas ha durado mucho tiempo, al menos desde que se inició el sistema de los Estados modernos, dentro del cual

(1) Bismarck, *Gedanken und Erinnerungen*, II, pág. 249 y sigs.

pudo aparecer por vez primera la confederación como una forma clara de unión y opuesta á las relaciones oscuras de la Edad Media. Las confederaciones han sido substituídas, ó por un Estado unitario, como, por ejemplo, en Holanda, ó por un Estado federal. El intento que se ha hecho, en el siglo XIX, en la América central, de crear una confederación de Estados, no ha conducido á resultados permanentes. Estas confederaciones, ó han ido desapareciendo una tras otra, ó no han llegado á formarse. Confirman también el principio de que la confederación es difícil de conservar, por lo que se cuenta hoy ya entre las formas muertas de uniones de Estado. Como se ve por lo expuesto, las mismas formas existentes de unión real, á las cuales hemos considerado como casos especiales de confederación, no nos ofrecen perspectiva alguna de nuevos ejemplares para lo futuro.

5. *El Estado federal.*—El Estado federal es un Estado soberano formado por una variedad de Estados. Su poder nace de la unidad estatista de los Estados miembros (1). Se trata de una unión de Derecho Público entre Estados, los cuales establecen una soberanía sobre los que se unen, cuyos participantes son los Estados mismos; de suerte que en conjunto son soberanos, ó mejor, cosoberanos, en tanto que, tomados par-

(1) Laband, I, pág. 56, designa como Estado federal al Estado en el cual el poder compete á la comunidad de los Estados miembros. Pero en este caso, los Estados Unidos de América no serían un Estado federal, porque el pueblo, en su unidad, aparece como órgano del poder del Estado federal, de igual naturaleza que el de los Estados. Laband mismo limita su principio, en tanto en cuanto habla solamente de la participación de los Estados en la formación de la voluntad común. Esta formulación es más cauta y obtiene la aprobación de Rehm, *Staatslehre*, pág. 86. En cuanto á los Estados miembros, sólo le atribuye una participación en el poder del Estado federal.

ticularmente, por el contrario, están sometidos á determinadas obligaciones.

La posibilidad del Estado federal depende íntimamente de la doctrina que declara á la soberanía como nota no esencial al Estado, y distingue, por tanto, entre Estados soberanos y no soberanos (1). Lo que se denomina Estado federal es, en otros casos, ó una confederación ó un Estado unitario. La primera doctrina se debió á la teoría de Calhoun sobre la naturaleza de la unión americana, doctrina que está representada por Seydel con relación al imperio alemán (2). La segunda, con matices distintos, es la de todos aquellos que, ó sólo atribuyen la soberanía al Estado general en el Estado federativo, y, por consiguiente, sólo reconocen el carácter de Estado al Estado federal (3), ó

(1) La distinción entre Estado soberano y no soberano, fué aceptada por vez primera para la doctrina de las modernas relaciones federales por G. Meyer, *Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung*, 1872, pág. 2 y sigs. Puede ser considerada hoy como la teoría más difundida para la explicación del Estado federal.

(2) Véase especialmente *Der Bundestaatsbegriff* (1872), *Staatsrechtliche und Politische Abh.*, págs. 1-85, y *Kommentar zur deutschen Reichsverfassung*, pág. 1 y sigs. La teoría de Seydel no ha hallado entre los publicistas de más nombre ningún secuaz. La crítica más nueva y profunda de su doctrina puede hallarse en Rehm, *Staatslehre*, pág. 127 y sigs. Últimamente O. Mayer, *Republikanischer und Monarchischer Bundesstaat*, *Arch. f. öff. Recht.*, XVIII (1903), pág. 337, intenta fundar respecto del reino alemán una teoría análoga á la de Seydel; pero no refuta ninguna de las objeciones de que ha sido objeto la doctrina de Seydel sobre este punto.

(3) Así, por ejemplo, Zörn, I, pág. 71 y sigs.; Borel, *Étude sur la souveraineté et l'Etat fédératif*, 1886, pág. 167 y sigs.; Le Fur, pág. 686 y sigs.; Combothecra, pág. 139; Willoughby y Burgess. Véase cap. XIV de esta obra, c, nota 1.

consideran que el poder soberano tiene dos distintos titulares, el Estado federal y el Estado miembro, que lo ejercen conjuntamente (1).

Los Estados miembros del Estado federal son Estados no soberanos. Sin embargo, la Constitución atribuye á los órganos supremos del poder de estos Estados, y, por consiguiente, á ellos mismos, una participación mayor ó menor en la soberanía, en el ejercicio del poder del Estado uno. La organización del Estado federal descansa en una Constitución que es su propia ley, y que no puede ser modificada sino por otra del Estado federal, mas nunca por la voluntad de los Estados miembros, aunque sea unánime, si se expresa en una forma distinta de la que establece la Constitución. En la medida en que prevalezca la soberanía del Estado federal, pierden los Estados miembros su carácter de Estado. Dentro de esta esfera, ó les falta completamente actividad externa, sustituyendo la administración federal á la propia de cada uno de los Estados, ó conservan éstos el carácter de corporaciones con autonomía administrativa, según el tipo de las asociaciones municipales, en tanto que éstas ejercen por sus propios órganos la administración, según las leyes y bajo la inspección del Estado federal (2).

En el Estado federal hay una pluralidad de Estados fundidos

(1) Especialmente Haenel, *Studien*, I, pág. 63 y sigs., y *Staatsrecht*, I, págs. 200 y sigs. y 793 y sigs.; Gierke, *Schmollers Jahrbuch*, 1883, pág. 1.157 y sigs.; Bornhak, *Allgemeine Staatslehre*, pág. 246; O. Mayer, II, pág. 462 y sigs. Véanse además las críticas acertadas de Laband, I, pág. 76 y sigs., y Rehm, *Staatslehre*, pág. 120 y sigs., el cual hace notar muy justamente que esta doctrina, llevada hasta el fin, conduce á una identificación entre el Estado federal y el unitario.

(2) Véase Laband, I, pág. 96 y sigs.

en una unidad; esto es, en tanto que domina la competencia del poder del Estado federal, desaparecen las diferencias que separan entre sí á los Estados miembros. Por esto, territorio y pueblo de los Estados miembros forman una unidad en el Estado federal. La tierra de los Estados miembros es, el territorio del Estado federal, y el pueblo de aquéllos es el de éste. De estos Estados que forman la unidad nace el poder del Estado federal, bien sea porque los gobiernos de los Estados miembros, en su unidad, forman el poder supremo del Estado federal, ya porque los órganos particulares del poder del Estado federal nazcan de la unidad del pueblo federal conforme á la Constitución, como pasa con el presidente de la república federativa. También en el segundo caso se reconoce á los Estados el derecho á participar en el poder federal; de suerte que los Estados miembros son órganos de este poder, lo que significa, en general, una exaltación de su influjo político y de la situación del poder. Todos los Estados republicanos federales tienen una de sus dos Cámaras organizada como Cámara de los Estados, en la que todos éstos son iguales por tener igual número de representantes. La Cámara de los Estados — Senado — satisface además en los Estados Unidos de América las funciones de un Consejo de Estado, que limita en distintas direcciones la actividad del presidente. En la mayor parte de los Estados federales se concede á los Estados un voto decisivo para la modificación de la Constitución (1). Hay además otras

(1) En los Estados Unidos, dos tercios de la legislatura de los Estados bastan para gozar del derecho de iniciativa de reforma constitucional, y son necesarias tres cuartas partes para la ratificación de las modificaciones acordadas. En Suiza (Constitución federal, art. 93) todo cantón tiene un derecho de iniciativa legal; y la mayoría de los cantones, juntamente con la de los ciudadanos suizos, decide sobre la revisión. Las relacio-

determinaciones que tener en cuenta al tratar de la organización del poder federal en los Estados, como, por ejemplo, la relativa á los círculos electorales en el imperio alemán y en Suiza, donde jamás comprende territorio de varios Estados; la división del Consejo federal suizo en distintos cantones; y por último, el derecho establecido en la Unión norteamericana por la ley electoral, en la que se fijan al mismo tiempo las condiciones para la elección de representantes en las Cámaras y para la elección de presidente.

El carácter federalista manifiéstase especialmente en la unión de los órganos de los Estados para formar un órgano colegial, organizado, del Estado federal, mientras que los órganos restantes tienen un carácter unitario (1).

En tanto que la actividad de los Estados miembros obra dentro de la esfera en que están libres del poder federal, mas sólo en este tanto, conservan su carácter de Estados, si bien el uso corriente del lenguaje no se hace cargo de esta distinción jurídica y considera siempre como Estados á los miembros de un Estado federal en todas sus relaciones. Las distintas cualidades de los miembros federales necesitan ser cuidadosamente diferenciadas para poder comprender de un modo acertado la na-

---

nes existentes en los demás Estados americanos (Méjico, Argentina, Venezuela, Brasil) puede verse en Le Fur, ob. cit., pág. 219 y sigs. Si estos Estados quedan ó no, realmente, dentro del concepto del Estado federal, no es cuestión que podemos tratar aquí.

(1) Debemos hacer notar á este propósito que la relación entre federalista y unitario es de carácter realista. Jurídicamente todos los órganos del Estado federal, incluso los grupos de Estados ó el órgano que los represente, están unidos entre sí de un modo análogo á los colegios parlamentarios de los Estados particulares.

turalidad jurídica del Estado federal. El conocimiento jurídico de los miembros de la federación impide concebir al Estado federal como una corporación de Estados (1). Este concepto lleva consigo infinidad de contradicciones, y, por tanto, no es realizable. La corporación de Estados debe dominar sobre sus miembros, pues en tanto una asociación es dominada por otra, pierde su cualidad de Estado. Dominar es una actividad necesaria al Estado: sólo es Estado una asociación en cuanto puede dominar. El Estado miembro, por tanto, es Estado si no se halla sometido al poder del Estado federal y pierde el carácter de tal, como de otra parte reconocen los que tienen un exacto concepto del Estado federal, en cuanto queda sometido al poder de éste.

En el campo de acción en que domina el Estado federal, el Estado miembro sólo existe en cuanto tiene el derecho á exigir prestaciones de aquél y á participar en el ejercicio de su soberanía. En esta soberanía ó dominación, claro es que él toma parte como todo Estado miembro, no como el único, sino como órgano del Estado total. Los miembros del Estado federal son como tales, esto es, en cuanto participan en la soberanía de la federación, no Estados, sino órganos del Estado federal; y en tanto están sometidos y pueden, sin embargo, exteriorizar una voluntad independiente, son agrupaciones no estatistas. Sólo la identidad física de estas agrupaciones con el Estado miembro es la que conduce á la falsa concepción de que el Estado miembro, como tal, está sometido al Estado federal. Aquél, por consiguiente, sólo tiene un carácter estatista, considerado en dos direcciones: como comunidad que está libre

(1) Para el imperio alemán, véase Laband, I, pág. 91 y sigs. En sentido contrario, Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen*, pág. 281 y sigs.

del poder del Estado federal, y como titular de exigencias jurídicas de carácter público con respecto al Estado federal y de acuerdo con la Constitución de éste. ~~Y~~

El Estado federal no es una corporación de Estados, de igual suerte que el Estado unitario no puede concebirse como una asociación formada por la reunión de los municipios del Estado. Puede ser comparado, en tanto que domina en su esfera, con el Estado unitario. Al igual de éste domina también sobre su territorio y su pueblo, sin que esta dominación en su propiedad estatista pueda ser mediatizada por los Estados miembros. Mas se diferencia del Estado unitario en que, no obstante la unidad estatista, los Estados miembros conservan su carácter de tales en aquello que no es de la competencia de la federación, especialmente en su organización, y además en que los órganos supremos de estos Estados, monarca, Senados de las ciudades libres, pueblo ó legislaturas en la república, son ellos mismos órganos del poder supremo federal, ó sirven para crearlos. Este enlace entre el titular del órgano del Estado miembro con el del Estado federal es muy peculiar, y constituye una relación que no se encuentra en otra parte; porque los órganos de un Estado, en los demás casos, sólo pueden pertenecer á él y no á otro Estado; mas como no puede existir un derecho independiente de un órgano del Estado, sino que ha de ser al propio tiempo derecho de éste, resulta que la situación del órgano de un Estado miembro en el Estado federal hace de aquéllos los titulares de los órganos de la unión (1).

Mediante estas dos notas distínguese el Estado federal de la otra forma de unión entre los Estados, que llamamos Estado de Estados. En ésta, los Estados sometidos no forman con el superior una unidad interna, por lo cual sus elementos sólo

(1) Véase *System*, pág. 300 y sigs.

son dominados de un modo indirecto por el Estado superior, cuyo objeto inmediato de soberanía es el gobierno de los Estados inferiores, faltando completamente, de otra parte, toda unión orgánica entre el Estado inferior y el superior.

El Estado federal descansa en una organización conforme á la Constitución y no conforme á contrato. Si ocupa el lugar de Estados que hasta entonces han permanecido sin relaciones políticas entre sí, su fundación va precedida de contratos que se proponen su constitución. Otra cosa sucede cuando un Estado unitario, ó un país sometido, se transforma en Estado federal, como sucedió con Venezuela, Méjico, Argentina y Brasil, donde los Estados particulares sólo pudieron organizarse en virtud del consentimiento de la Constitución federal. Estas últimas formaciones resisten á todo intento de interpretación en un sentido de confederación de Estados, pues tal afirmación se ve contradicha por la evolución histórica de estos Estados.

Si preceden, á la fundación de un Estado federal, contratos con los miembros futuros de la federación, tales contratos no pueden considerarse jamás como el fundamento jurídico del Estado federal. Porque ¿qué orden jurídico puede unir mediante el pacto los Estados y los efectos que se han de seguir de la fundación del Estado? Ciertamente que no será el orden jurídico propio del Estado que se va á fundar, ni tampoco el de los Estados fundadores. Baviera, por ejemplo, no podía fundar, según el Derecho bávaro, el imperio alemán. Que el Derecho Internacional haga nacer Estados de tratados internacionales, es una *petitio principii*, ó más bien la conversión de un principio de Derecho Natural en principio positivo perteneciente al Derecho Internacional (1).

(1) Véase tomo I, pág. 341 y sigs. El más importante repre-

La fundación del Estado federal es un hecho nacional (1) que no puede ser objeto de una construcción jurídica; de igual suerte que tampoco puede serlo el acto de fundación de un

---

sentante de la teoría del contrato para explicar el origen de la confederación de la Alemania del Norte es G. Meyer, *Staatsrecht*, pág. 175 y sigs. En la página 181 del mismo libro se indican los partidarios de su doctrina. En la nueva literatura ha sido interpretado por muchos desde Kuntze, *Der Gesamtakt, Festgabe der Leipziger Juristen fakultät für Otto Müller*, 1892, página 80 y sigs., la fundación del Estado federal como un acto común de los Estados fundadores. Véase, por ejemplo, Fleiner, *Die Gründung der Schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848*, 1898, pág. 36 y sigs.; Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, página 68 y sigs.; asimismo Robinson, *Zeitsch. f. d. ges. Staatsw.*, LIII, 1897, pág. 615. Esta doctrina olvida, al igual de las demás construcciones jurídicas sobre el origen del Estado federal, que éste, como todo otro Estado, tiene originariamente una existencia social prejurídica, con la que el orden jurídico se enlaza, pero la cual no puede crear. El mismo Kuntze opina (pág. 82) que así como un Estado puede ponerse por una decisión libre bajo la superioridad de otro Estado, ó ser absorbido por él, de igual suerte puede también fundar con otros Estados uno nuevo. Mas, al decir esto, desconoce Kuntze completamente la distinción profunda que separa á estas dos partes. Justamente la nueva creación de un Estado no podría explicarse mediante el caso primero en que un Estado entra á formar parte de otro que ya existe.

(1) Este principio ha sido mal comprendido por muchos. Así, por ejemplo, Zörn, *Hirths Annalen*, 1884, pág. 477. Este autor opina que con tal afirmación opongó el elemento popular al elemento dinástico. He tenido presente, sin embargo, más bien la nación, en el sentido cultural, esto es, considerada como la totalidad de los elementos del pueblo que funda el Estado. Guillermo I y Bismarck pertenecían, sin duda alguna, á la nación alemana; pero Laband arguye contra mí (I, pág. 91, n. 1) que el pueblo alemán no es una creación de la voluntad

Estado (1). Este hecho nacional se lleva á cabo por los Estados en su aspecto de poderes histórico-sociales. Los pactos entre Estados, previos á la fundación del Estado federal, tienen im-

del Estado unitario, sino la unidad estatista del pueblo alemán; mas este principio depende de que se acepte ó no que la fundación de la confederación de la Alemania del Norte es ó no explicable jurídicamente. Si se rechaza la doctrina última, resulta necesario admitir el principio combatido por Laband, el cual es la consecuencia de una concepción fundamental claramente fijada.

(1) Véanse observaciones más detalladas en *Lehre von den Staatenverbindungen*, pág. 256 y sigs. También está de acuerdo Zörn, I, pág. 30; Liebe, *Zeitschrift für d. ges. Staatswissenschaft*, 1882, pág. 634 y sigs.; O. Mejer, pág. 301; Borel, págs. 71 y 130; R. Hudson, *The North German Confederation, Political Science Quarterly*, VI, 1, New-York, 1892, pág. 433; Bornhak, *Staatslehre*, pág. 245. Laband mismo (véase *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, en *Marquardsens, Handbuch*, 1.<sup>a</sup> ed., 1883, pág. 11) mantuvo también este punto de vista primitivamente, pero ahora no se expresa con claridad sobre esta cuestión (I, pág. 35 y siguientes), esto es, acerca de si la fundación de la confederación de la Alemania del Norte fué ó no un acto jurídico. La invocación de Kuntze parece indicar que Laband ha aceptado la teoría del acto común (*Gesamtakt*). Es muy singular la situación en que se coloca Haenel respecto al problema del origen del Estado federal. Discute (*Staatsrecht*, I, pág. 35 y siguientes) la doctrina que considera que el Estado federal no puede ser derivado jurídicamente de un contrato, y dice (página 31) que la confederación es un hecho que se ha realizado porque aquellos que fueron llamados para esto, según la Constitución convenida, se erigieron en órganos de la confederación; pero esto no quiere decir sino que los orígenes de la confederación fueron simplemente un hecho, tanto más cuanto que, según afirma Haenel, la Constitución misma sólo podía alcanzar fuerza jurídica por la voluntad de los órganos efectivos (página 32).

## CAPÍTULO VEINTIDÓS

### Las garantías del Derecho Público.

Todo derecho es Derecho Positivo. La validez ó positividad de un derecho necesita ser garantida de algún modo; esto es: es preciso que haya poderes cuya existencia haga esperar á los ciudadanos que las normas jurídicas han de transformarse, de exigencias abstractas dirigidas á la voluntad humana, en acciones concretas. Claro es que no es posible una absoluta certeza de que esto sucederá así, porque la certeza absoluta en las instituciones humanas, siempre defectuosas, no existe. Además, no cabe previsión frente á las fuerzas históricas que dominan á la misma organización del Derecho. Contra la corriente de la historia universal no se pueden levantar diques eficaces; tal obra humana sería arrollada sin dejar huella.

Las garantías del Derecho Público son tan distintas como el Derecho mismo en cada época de la cultura y en cada Estado particular. Por esto cada organización jurídica tiene en cada época su garantía particular. La exposición detallada de esto y la penetración dentro del problema, sólo es posible mediante una doctrina de las instituciones particulares de un Estado concreto en una época determinada.

Una teoría particular del Derecho Político puede y necesita, para completar su problema, ordenar y exponer en categorías generales los distintos medios que existen para garantir al Derecho Público.

Estado (1). Este hecho nacional se lleva á cabo por los Estados en su aspecto de poderes histórico-sociales. Los pactos entre Estados, previos á la fundación del Estado federal, tienen im-

del Estado unitario, sino la unidad estatista del pueblo alemán; mas este principio depende de que se acepte ó no que la fundación de la confederación de la Alemania del Norte es ó no explicable jurídicamente. Si se rechaza la doctrina última, resulta necesario admitir el principio combatido por Laband, el cual es la consecuencia de una concepción fundamental claramente fijada.

(1) Véanse observaciones más detalladas en *Lehre von den Staatenverbindungen*, pág. 256 y sigs. También está de acuerdo Zörn, I, pág. 30; Liebe, *Zeitschrift für d. ges. Staatswissenschaft*, 1882, pág. 634 y sigs.; O. Mejer, pág. 301; Borel, págs. 71 y 130; R. Hudson, *The North German Confederation, Political Science Quarterly*, VI, 1, New-York, 1892, pág. 433; Bornhak, *Staatslehre*, pág. 245. Laband mismo (véase *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, en *Marquardsens, Handbuch*, 1.<sup>a</sup> ed., 1883, pág. 11) mantuvo también este punto de vista primitivamente, pero ahora no se expresa con claridad sobre esta cuestión (I, pág. 35 y siguientes), esto es, acerca de si la fundación de la confederación de la Alemania del Norte fué ó no un acto jurídico. La invocación de Kuntze parece indicar que Laband ha aceptado la teoría del acto común (*Gesamtakt*). Es muy singular la situación en que se coloca Haenel respecto al problema del origen del Estado federal. Discute (*Staatsrecht*, I, pág. 35 y siguientes) la doctrina que considera que el Estado federal no puede ser derivado jurídicamente de un contrato, y dice (página 31) que la confederación es un hecho que se ha realizado porque aquellos que fueron llamados para esto, según la Constitución convenida, se erigieron en órganos de la confederación; pero esto no quiere decir sino que los orígenes de la confederación fueron simplemente un hecho, tanto más cuanto que, según afirma Haenel, la Constitución misma sólo podía alcanzar fuerza jurídica por la voluntad de los órganos efectivos (página 32).

## CAPÍTULO VEINTIDÓS

### Las garantías del Derecho Público.

Todo derecho es Derecho Positivo. La validez ó positividad de un derecho necesita ser garantida de algún modo; esto es: es preciso que haya poderes cuya existencia haga esperar á los ciudadanos que las normas jurídicas han de transformarse, de exigencias abstractas dirigidas á la voluntad humana, en acciones concretas. Claro es que no es posible una absoluta certeza de que esto sucederá así, porque la certeza absoluta en las instituciones humanas, siempre defectuosas, no existe. Además, no cabe previsión frente á las fuerzas históricas que dominan á la misma organización del Derecho. Contra la corriente de la historia universal no se pueden levantar diques eficaces; tal obra humana sería arrollada sin dejar huella.

Las garantías del Derecho Público son tan distintas como el Derecho mismo en cada época de la cultura y en cada Estado particular. Por esto cada organización jurídica tiene en cada época su garantía particular. La exposición detallada de esto y la penetración dentro del problema, sólo es posible mediante una doctrina de las instituciones particulares de un Estado concreto en una época determinada.

Una teoría particular del Derecho Político puede y necesita, para completar su problema, ordenar y exponer en categorías generales los distintos medios que existen para garantir al Derecho Público.

Como en todo Derecho, el Derecho Público conoce tres clases de garantías: sociales, políticas y jurídicas. No sólo se encuentra el Derecho allí donde existen garantías jurídicas, como hemos dicho en otro lugar. Este caso es el del Derecho Internacional, cuyas garantías son especialmente de naturaleza social y política. Estudiar éstas con detenimiento, rebasaría los límites que á una teoría general del Estado impone su problema.

I. Sobre las *garantías sociales* del Derecho Público, bastarán algunas palabras de referencia á lo que hemos dicho antes. Las grandes fuerzas sociales, religión, costumbres, moralidad social, en una palabra, la totalidad de las fuerzas culturales, de las fuerzas que éstas crean y de los efectos que producen, influyen constantemente en la formación y desenvolvimiento del Derecho y aseguran su validez conjuntamente con otras fuerzas. Estas fuerzas son las que limitan más eficazmente cuanto hay de arbitrario en las concepciones jurídicas más abstractas, y determinan, aún más que la voluntad consciente, la vida real de las instituciones políticas y la historia de los Estados. Á causa de su naturaleza obran oponiéndose al Derecho, y tanto pueden destruirlo como conservarlo. Por lo común, actúan estas fuerzas de un modo general y no en casos particulares jurídicos; por esto las garantías sociales, aun cuando son capaces por sí solas de asegurar la validez de un derecho, sólo lo garantizan de un modo imperfecto, y, por consiguiente, el Derecho mismo resulta imperfecto.

Las garantías sociales jamás han faltado á ninguna organización permanente política. En ellas ha encontrado un límite la arbitrariedad de aquellos gobernantes que se han considerado exentos de toda obediencia á las leyes humanas.

II. Las *garantías políticas* consisten en las relaciones reales de poder existentes entre los factores políticos organizados, á saber: el Estado mismo cuando se trate del Derecho Internacional; los órganos del Estado si nos ocupamos del Derecho

Político. La garantía política de más importancia en la organización del Estado radica en la naturaleza de la división de poderes, que alcanza su expresión en la organización del Estado.

Tal división de poderes puede ser apetecida precisamente con el fin de garantizar al Derecho Público, y puede conseguir esto mismo meramente mediante su existencia. La necesidad de que una gran parte de cuestiones sean ejecutadas por los funcionarios, ha conducido, aun en los Estados absolutos, á una limitación del poder efectivo del príncipe, la cual, tanto podía resultar un medio para conservar el Derecho, como producir un resultado exactamente contrario. La división de poderes entre los distintos miembros del Estado se ha considerado en todo tiempo como un excelente medio para garantizar el orden existente, si bien con esta división perseguían otros fines.

Las antiguas repúblicas vieron en la división de las funciones entre sus distintos magistrados, y en la organización de sus relaciones mutuas, un medio para conservar sus instituciones. En el Estado tipo de la Edad Media, la división política de los poderes se obtenía por la oposición entre *rex* y *regnum*. La organización compleja del Estado moderno descansa á su vez en la existencia de competencias diferentes y relativamente independientes entre sí. Esta separación se ha llevado á cabo, en parte, con independencia de toda teoría política. En el continente se ha desenvuelto más tarde mediante el influjo de teorías naturales, especialmente de la doctrina de la división de poderes. La creación de órganos particulares para realizar funciones especiales del Estado se propone como fin, sin duda alguna, asegurar mediante esta división de poderes el mantenimiento de la organización del Derecho Público (1).

(1) En la teoría, la división de poderes aspiraba sólo á garantizar la situación jurídica del individuo. Su fin, según Montes-

La naturaleza de la organización de las autoridades — unipersonales ó colectivas, — la autoadministración en sus distintas formas, el asegurar una situación jurídica á los funcionarios técnicos, todo ello tiene consecuencias importantes para el Derecho Público.

La fijación de otras garantías políticas ha sido considerada en el curso de la historia como de menos importancia. Así sucede con el juramento político prescrito por la ley, que justamente es exigido, la mayor parte de las veces, cuando menos eficacia puede prestar (1).

Las garantías políticas tienen de común con las sociales no ofrecer una completa seguridad. Al igual de éstas, pueden las garantías políticas producir un efecto contrario del que se proponían. En la creación de la representación del pueblo se vió al comienzo, en el continente, la más segura garantía para la realización del orden jurídico. Pero la histo-

rieta, era la *liberté politique*. La práctica ha hecho otro uso de esta doctrina. Conocida es la separación que se hizo en Francia á partir del año 1790 entre la administración y la justicia, separación que de ningún modo se proponía tan sólo asegurar la independencia judicial, sino que estaba hecha también en interés de la administración respecto de toda fiscalización jurisdiccional.

(1) Una prueba de la transformación que se ha operado en la concepción de las ideas sobre este punto desde mediados del siglo pasado, es el hecho de que hoy no presten juramento constitucional ni el emperador alemán ni el presidente de la república francesa. Para el primero lo exigía aún la Constitución imperial de Francfort en su párrafo 190, y para el último la Constitución de la segunda república de 4 de Noviembre de 1848, art. 48. Igualmente los miembros del *Reichstag* alemán — en oposición á lo que ocurre con los del *Landtag* — y los de la Cámara francesa desde la tercera república, no necesitan prestar juramento ni promesa.

ria ha demostrado que la arbitrariedad y la corrupción parlamentarias pueden producir la destrucción del derecho en menor grado que la omnipotencia del príncipe y la burocrática. Especialmente el fenómeno amenazador de la obstrucción plantea el problema de cómo se puede proteger la organización del Estado ante las acciones violadoras del derecho de una minoría parlamentaria. Pero el futuro presenta un difícil problema: la responsabilidad de los miembros de las Cámaras por sus acciones anticonstitucionales y el coonestar esta medida con la independencia de aquéllos.

III. Las *garantías jurídicas* se distinguen de las sociales y políticas en que sus efectos son susceptibles de un cálculo seguro. Lo que puede no serlo es saber si van á ser ó no reconocidas en casos particulares, si son suficientes en sus disposiciones concretas, si se las aplicará en todas las circunstancias; pero éstas son deficiencias que acompañan á todo el hacer humano. Ahora bien, corresponde á su naturaleza el servir para asegurar el derecho, y, á causa del encadenamiento de los fenómenos sociales, tienen ellas también sus repercusiones sociales y políticas.

Las garantías jurídicas se dividen en dos grandes categorías: ó se proponen asegurar el campo de acción del derecho objetivo, ó el del derecho individual, en el que implícitamente va contenido un momento de seguridad para el primero; de suerte que, hablando con más exactitud, de lo que se trata en ellas es de asegurar de un modo preferente el derecho objetivo ó el derecho subjetivo.

Las instituciones jurídicas mediante las cuales aquellas garantías se obtienen, se dividen en cuatro clases: de fiscalización, de responsabilidad individual, función jurisdiccional y medios jurídicos.

1. La *fiscalización*, esto es, el examen de que son objeto las acciones de los órganos y miembros del Estado, tomando como

pauta para ello normas determinadas, puede ser jurídica ó política. En este lugar sólo habrá de tratarse lo referente á la fiscalización jurídica, la cual se propone el examen de las cuestiones antes dichas según reglas de derecho.

Esta fiscalización ha alcanzado en el Estado moderno una grande extensión. Se divide en fiscalización *administrativa*, la cual ejercen las autoridades superiores respecto de las inferiores y, en última instancia, el jefe del Estado. Á éstas hay que añadir también la que el Estado ejerce sobre las asociaciones dotadas de autonomía administrativa. Además hay fiscalización *financiera*, separada frecuentemente de la administrativa y confiada á autoridades particulares. Se coloca esta fiscalización á menudo dentro de la categoría que sigue, ó sea la *parlamentaria*, cuyo poder y ejercicio es distinto en cada Estado. Esta fiscalización se ejerce por la crítica parlamentaria, por medio de interpelaciones, de resoluciones, de la información parlamentaria, de las comunicaciones á la corona; medios todos cuya eficacia real y jurídica depende de la situación concreta de mayor ó menor poder que tenga el Parlamento. Estos medios tanto sirven para fines políticos cuanto para la fiscalización jurídica. En los Estados de régimen parlamentario se usa un medio de grande importancia, que es el voto de censura; pero, por lo común, sólo atendiendo á razones políticas. Otro tanto acontece con las facultades del gobierno respecto del Parlamento, especialmente con el derecho á disolver las Cámaras electivas.

2. La *responsabilidad individual* corresponde en el Estado á todo titular de un órgano del mismo que no esté expresamente exento de ella por un principio de derecho; pero esto último sólo es aplicable al monarca, único que no puede estar, como individuo, personalmente sometido á responsabilidad. También las Cámaras, en su actividad de órgano colegial del Estado, están libres de responsabilidad. Pero el miembro de la Cámara, en su actividad de tal, se encuentra sometido á ella ante

el Parlamento, aun cuando sea en una forma limitada. Por el contrario, el funcionario es responsable ante el Estado, civil, penal y disciplinariamente, del cumplimiento de su función. Esta responsabilidad la exigen por lo común los tribunales y las autoridades disciplinarias. En muchos Estados es una excepción á esto la responsabilidad de los funcionarios supremos, para juzgar á los cuales se instituye un tribunal especial de Estado, y se concede el papel de acusador al Parlamento. Históricamente la institución á que aludimos, tal como hoy se concibe, apareció por vez primera en Inglaterra, si bien otros Estados organizados en brazos ó clases tuvieran instituciones análogas. Allí, como en otros Estados, los altos funcionarios eran llamados ante el más alto tribunal del reino, esto es, la Cámara de los lores; pero lo singular era la acusación, la cual hacían los comunes. De esta *impeachment* nació más tarde un privilegio para los altos funcionarios que estaban sometidos á él, de suerte que sólo podrían ser perseguidos mediante el mismo. Tal institución fué aceptada en América, pero con modificaciones importantes. Allí el Senado es juez, los representantes acusadores. La sentencia no puede ser sino la destitución del funcionario y la pérdida de los derechos políticos. Para otra pena criminal cualquiera es necesaria la sentencia de un juez ordinario. El sistema inglés y americano del *impeachment* es el fundamento de las leyes modernas de responsabilidad ministerial en el continente, entre las cuales existe una gran variedad. Esta responsabilidad ministerial puede ser tanto política como jurídica. Su valor práctico es muy escaso en los Estados de régimen parlamentario, donde el Gabinete puede ser alejado del poder fácilmente por un voto de censura. Su importancia es más de principio que de práctica, á la que no podemos consagrar en este lugar más espacio.

3. La *jurisdicción* es una función del Estado para la protección del derecho en su totalidad. Aquí no tratamos tanto de la

jurisdicción formal cuanto de la material. Puede ser ejercida por autoridades que estén organizadas de un modo distinto de como lo estén los tribunales ordinarios. Es esencial á ellas el que se hallen organizadas en una forma legal tal que queden independientes de todo influjo administrativo. Al juez compete el deber de examinar la validez jurídica de las leyes y los reglamentos—lo cual se lleva á cabo de un modo distinto según la organización concreta de cada Estado,—y esto encierra una importante garantía del Derecho Público. El Estado puede usar de la jurisdicción para hacer decidir sobre cuestiones de derecho objetivo, determinando el papel de cada uno de sus órganos como sucede en los conflictos de competencia.

En la extensión de la jurisdicción al campo del Derecho Público, se ha de ver uno de los progresos más importantes de la construcción del Estado moderno en el curso del siglo XIX. Esta jurisdicción se ha introducido y generalizado sobre todo en la administración, y da lugar, en los distintos sistemas jurídicos, á una infinidad de peculiaridades. Aun cuando se utilice también para la protección del derecho objetivo, es eficaz, sobre todo, como garantía de los derechos públicos subjetivos de los individuos y de las asociaciones.

4. Existen *medios jurídicos* á disposición de los súbditos para que puedan conseguir sus derechos públicos. También es ante ellos civilmente responsable el funcionario, y pueden acusarlo penalmente. Además es responsable el Estado, bien subsidiariamente, bien en el lugar del funcionario, aun cuando respecto á esto existen prescripciones restrictivas. Así como la exigencia á la protección jurídica es, en general, de naturaleza pública, así también lo es el derecho á presentar acciones contra la administración. Esta exigencia lleva consigo la reclamación contra la administración y el derecho á exigir la protección de los intereses y el respeto á los mismos. No sólo se puede dirigir el individuo á las autoridades administrativas y judi-

ciales para pedir un derecho, sino también á los órganos supremos del Estado, especialmente á las Cámaras, en virtud del derecho de petición, cuyo ejercicio pone á éstas en situación de tomar acuerdos para la protección de los derechos individuales frente al gobierno. Este derecho de petición es susceptible de muchas formas. Puede ser considerado como una derivación de la esfera de la libertad individual, cuyo ejercicio, por tanto, no puede ser ni prohibido ni castigado; y puede llevar consigo determinadas exigencias positivas, y en este caso las Cámaras están obligadas á tomar en consideración la petición y decidir sobre ellas (1).

Quien considere el proceso del Derecho Público, la fijación inequívoca de las garantías y la satisfacción por el Estado de las exigencias individuales que van implícitas en aquel derecho, no podrá menos de pensar, aun cuando tenga duda respecto á la bondad de las cosas humanas, que está reservado al futuro el ofrecer al Estado, y por tanto, á la humanidad, este bien tan difícil de conseguir: la posesión permanente de un orden jurídico inviolable. Con la mirada fija en ese futuro, ponemos fin á este libro.

(1) Véase, por ejemplo, Const. de Sajonia, § 36; Const. de Wurtemberg, § 38; de Baden, § 67, parte 2.<sup>a</sup>; Baviera, ley de 19 de Enero de 1872, 2.<sup>a</sup> parte, n. 2.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## ÍNDICE

### LIBRO TERCERO

#### TEORÍA GENERAL DEL DERECHO POLÍTICO

#### CAPÍTULO DOCE

#### Las partes del Derecho público.

	<u>Páginas.</u>
Derecho Privado y Público. Todo el Derecho Privado descansa en el Derecho Social y en el Público.—Dificultad de determinar los límites entre ambas esferas jurídicas.....	3-7
Substantividad del Derecho Público. El poder del Estado es un poder jurídico limitado mediante el Derecho Político y el Internacional. Las partes de éstos en el Derecho Judicial, Administrativo y Político en estricto sentido. Derecho de las corporaciones públicas como partes del Derecho Político. Situación del Derecho Canónico. División del Derecho Público en su unidad.....	7-16

#### CAPÍTULO TRECE

#### Situación jurídica de los elementos del Estado

I.— <i>El territorio del Estado</i> .....	17-34
Naturaleza jurídica del territorio.—Su exclusividad.	
Excepciones aparentes: 1, por condominio;	

## Páginas.

2, en el Estado federal; 3, mediante actos tácitos del Estado; 4, por ocupación guerrera.

El territorio como un fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su soberanía exterior é interiormente.—*Dominium, no, sino imperium.*—La soberanía territorial no tiene el carácter de un derecho real, sino personal. El derecho del Estado sobre el territorio es meramente reflejo.

Indivisibilidad del territorio del Estado. Adquisición del territorio de un Estado.

Territorio de los municipios.

Significación de la concepción moderna del territorio.

2.—*La población del Estado*..... 34-62

Pueblo en su cualidad subjetiva y objetiva. Pueblo como corporación de los miembros del Estado y como suma de los súbditos. La ciudadanía del Estado y el Derecho Público subjetivo. Origen de la concepción del Derecho Público subjetivo en el dualismo de la Edad Media. Primer reconocimiento de los derechos innatos del hombre á consecuencia de la reforma.

Actitud del Derecho Natural respecto de los derechos del hombre. Locke y Blackstone. Declaración de derechos americanos.

Declaración de derechos franceses de 1789, y sus efectos.

La moderna doctrina de los derechos públicos subjetivos. Su naturaleza. Tres categorías de exigencias jurídicas públicas. 1, exigencias respecto del Estado, á la libertad; 2, exigencia á prestaciones positivas del Estado; 3, exigencia á prestaciones para el Estado.

Derecho Público de las asociaciones.

Individuos y asociaciones como objeto del poder del Estado. La unidad de la población del Estado sólo es concebible en éste.

## Páginas.

3.—*El poder del Estado*..... 62-71

La naturaleza del poder soberano y su diferencia de otros poderes.

Los poderes sometidos mediante el poder del Estado.

El poder del Estado como objeto del Derecho Político.

## CAPÍTULO CATORCE

1921. 1976  
Las propiedades del poder del Estado.I.—*La soberanía*..... 73-1651.—*Historia del concepto de la soberanía*..... 73-144

La soberanía es en un comienzo una concepción política.

## 1.—La concepción antigua de la autarquía. El concepto de soberanía fué extraño á los antiguos..... 74-80

2.—Orígenes de la concepción de la soberanía partiendo de la oposición del Estado con los otros poderes en la Edad Media. La evolución en Francia. La doctrina oficial del Estado en la Iglesia no puede, ó al menos no puede colaborar completamente á este proceso. El Derecho Político francés del siglo xvii. La doctrina de la soberanía de Bodino. Su carácter negativo..... 80-98

3.—La soberanía y el poder absoluto del príncipe. Derivación del poder del príncipe de la voluntad del pueblo. Identificación de la soberanía del Estado y la del órgano. Indicios de una relación exacta entre ambos en Loyseau y Grocio..... 98-107

4.—Intento de dar á la soberanía un contenido positivo. Identificación del poder del Estado con la soberanía. Formulación de una teoría general partiendo del Derecho Positivo, por Bodino, Hobbes y Locke. Faltas de estos ensayos. Su gran significación práctica en la política..... 107-117

5.—Suerte posterior del concepto de soberanía en sus

	Páginas.
distintos aspectos y efectos prácticos. Claridad teórica que adquiere por vez primera en la doctrina del Derecho Político alemán, merced á Albrecht y Gerber .....	112-124
2.— <i>La naturaleza de la soberanía</i> .....	124-144
Consecuencias principales deducidas de la historia del concepto soberanía.	
a).—El carácter formal de la soberanía.....	125-138
La soberanía es un poder independiente y supremo; es un concepto jurídico. Imposibilidad jurídica de la anarquía. Auto-obligación del Estado mediante su actividad creadora de derecho en el Derecho Internacional. Paralelismo con la autonomía moral. Transformación operada en las teorías éticas y jurídicas. Limitación del Estado como concepto jurídico auxiliar.	
b).—Soberanía y poder del Estado.....	138-140
La soberanía no tiene un contenido positivo. El contenido del poder del Estado cambia históricamente.	
c).—La soberanía no es una nota esencial al poder del Estado.....	140-144
La soberanía no es una categoría absoluta, sino histórica. Historia de la distinción entre Estados soberanos y no soberanos.	
II.— <i>Capacidad para organizarse á sí mismo y de auto-poder</i> .....	144-154
La nota esencial al Estado: poder originario de soberanía con organización propia. Los Estados miembros de Alemania, los cantones suizos, los Estados particulares de Norteamérica, son Estados. Los municipios, Alsacia-Lorena, las colonias inglesas con cartas y los reinos y regiones de Austria, no son Estados. La identidad de los órganos supremos lleva consigo la del Estado. Autonomía, administración propia y capacidad para enjuiciar, son, además, notas del Estado.	
Transformación de los Estados dependientes	

	Páginas.
en soberanos. Límite entre Estados soberanos y no soberanos.	
✓ III.— <i>Indivisibilidad del poder del Estado</i> .....	154-165
Confusión del poder del Estado y de la soberanía.	
1.— <i>La doctrina de la división de poderes</i> .....	156-162
Su negación por el Derecho Natural. Hobbes, Rousseau. Modificaciones en Locke y Blackstone. Los poderes separados por Montesquieu. Acentuación de la doctrina en Kant. Observaciones teóricas y prácticas contra ella. Sieyès. Unidad del poder del Estado en la pluralidad de sus órganos.	
2.— <i>La división del poder del Estado (de la soberanía) en el Estado federal</i> .....	162-165
Influjo de Toqueville. La división de la competencia no es una división del poder del Estado.	

## CAPÍTULO QUINCE

## La Constitución del Estado. ✓

Necesidad de una Constitución para cada Estado.	
I.— <i>Ojeada sobre la historia de las Constituciones</i> .....	168-201
1.—Origen del concepto de las Constituciones, en sentido material, en la antigüedad. Su influjo sobre el Derecho Natural. Puffendorf, Wolff. Origen de la concepción de las Constituciones escritas.....	168-171
2.—Constituciones en sentido formal. <i>Lex fundamentalis</i> . Su relación con el pacto constitucional. El contrato social en los puritanos. <i>Agreement of the People</i> . Cromwell y el <i>Instrument of Government</i> . Recusación del principio de las mayorías.....	171-176
3.—Teorías de Derecho Natural sobre las leyes fundamentales. Hobbes, Locke, Puffendorf, Böhmer, Wolff, Vattel, Rousseau.....	176-180

	<u>Páginas.</u>
4.—Comienzo de las Constituciones escritas en las colonias americanas inglesas. Su significación para las Constituciones europeas. Sus elementos: <i>Bill of Rights. Plan of Government</i> . Modificaciones constitucionales. Constitución de los Estados Unidos en 1787. ....	180-188
5.—Constituciones europeas. Carácter de cada una de las Constituciones francesas. Su influjo sobre la Europa continental. ....	188-198
6.—La Constitución belga de 1831, y sus efectos. ....	199-200
7.—Las Constituciones de Suecia-Dinamarca, los Estados bálticos y Suiza. ....	200-201
II.— <i>La significación de las Constituciones en el Derecho actual.</i> .....	201-211
Estados con y sin Constitución escrita. Contenido de las Constituciones. Notas jurídicas de ellas.	
Constituciones rígidas y flexibles. Crítica de ambas. Las Constituciones rígidas no pueden evitar sus modificaciones profundas. Reforma Constitucional mediante resoluciones parlamentarias.	

## CAPÍTULO DIEZ Y SEIS

Los órganos del Estado.

I.— <i>Consideraciones generales.</i> .....	213-218
La síntesis psicológica de la unidad de la asociación. Organizaciones efectivas como fenómenos infrahumanos.	
II.— <i>Las distintas clases de los órganos del Estado.</i> .....	218-2
1.— <i>Los órganos inmediatos.</i> .....	218-23
1).—Su naturaleza. Personas individuales, colegiadas y personas jurídicas como órganos inmediatos. Órganos de creación. Órganos primarios y secundarios, simples y potenciados. Substantivos, dependientes, normales y extraordinarios. ....	218-224

	<u>Páginas.</u>
2).—Oposición entre el modo de considerar este asunto política y jurídicamente. El poder total del Estado no compete necesariamente á un solo órgano. ....	224-229
3).—El Estado mismo es el titular del poder del Estado. Necesidad de un órgano supremo. Excepción en el Estado federal. ....	229-235
2.— <i>Los órganos mediatos del Estado.</i> .....	235-238
Órganos mediatos del Estado: substantivos, dependientes, simples, potenciados, necesarios y facultativos. Oposición entre los órganos inmediatos y mediatos en las asociaciones. Funciones inmediatas y mediatas del Estado.	
3.— <i>La situación jurídica de los órganos del Estado.</i> ....	239-245
Unidad de Estado y órgano. El órgano jamás es persona y no posee un derecho propio, sino sólo competencia. Derecho del titular del órgano á su situación de tal. Derecho individual y competencia del órgano.	

## CAPÍTULO DIEZ Y SIETE

La representación y los órganos representativos.

1.—La idea de la representación es puramente jurídica. ....	247-249
2.—Prehistoria de la concepción moderna. Grecia y Roma. Carácter representativo de la magistratura, del príncipe y del Senado en Roma. La idea de la representación en la Edad Media. Evolución del Parlamento inglés hasta representar el pueblo en su unidad. Proceso histórico en Francia. Sieyès-Rousseau. Los Estados Unidos. Su influjo en Francia. ....	249-261
3.—Obscuridad en la literatura. Su crítica. ....	261-268
4.—Solución del problema. El pueblo y la representación del mismo como unidad jurídica. La re-	

## Páginas.

- presentación del pueblo como órgano inmediato secundario. Relación jurídica orgánica entre el pueblo y sus representantes. Diversas organizaciones del pueblo como órgano primario. Renovación integral y derecho de disolución . . . . . 268-277
- 5.—Antigua concepción de los monarcas como delegatarios. Concepción de Derecho Natural en Rousseau. Jefes de Estado en las democracias republicanas como órganos inmediatos y secundarios del Estado. Los monarcas como órganos primarios del Estado. Situación del juez como órgano. Carácter de las modernas autoridades administrativas del Estado . . . . . 277-281
- 5.—Asociaciones de Derecho Público y sus órganos representativos . . . . . 281-282

## CAPÍTULO DIEZ Y OCHO

Las funciones del Estado.

- I.—*Historia de la teoría de las funciones.* . . . . . 283-296
- Influjo de la organización concreta del Estado en la doctrina de las funciones. Aristóteles, Bodino, Hobbes, Puffendorf. División según los derechos de soberanía del señor. Según el sistema de autoridades. Höpfner, Schlöza, Gönner, Leist. Intento de separar justicia y administración.
- Distinción de más importancia respecto á las funciones del Estado nacida de la oposición entre los elementos personales del Estado. Marsilio de Padua, Monarcómacas, Hobbes, Locke.
- Montesquieu.
- Rousseau, Clermont-Tonnerre, Benjamín Constant. Concepción alemana.
- II.—*División de las funciones del Estado* . . . . . 297-319

## Páginas.

- Posibilidad de varias divisiones, pocas de las cuales ofrecen valor.
- La clasificación de las actividades del Estado en los distintos órdenes de la administración no es una clasificación científica.
- 1.—El influjo de Montesquieu sobre la teoría alemana. Funciones materiales y formales. Funciones materiales: legislativa, judicial y administrativa. Actividades extraordinarias del Estado. Relaciones de la teoría jurídica del Estado de Mohl, Stahl y Gneist con la antigua. Funciones formales: legislación formal, administración formal y justicia. Imposibilidad de mantener estrictamente esta división en la práctica . . . . . 298-310
- 2.—Actividad libre y reglada del Estado. La prerrogativa de Locke y el ejecutivo. Teoría francesa. Administración material del Gobierno y la ejecución. La libre actividad del juez. Competencia de los órganos inmediatos definida como facultad del poder. La actividad reglada en la fijación del Derecho, en la ejecución del mismo y en la función jurisdiccional. Ejecución de la voluntad del Estado mediante sus súbditos . . . . . 310-317
- 3.—Actividad de la autoridad y actividad social. Campo de acción de la actividad social . . . . . 317-319

## CAPÍTULO DIEZ Y NUEVE

La estructura del Estado.

- I.—*La significación del problema.* . . . . . 321-331
- Las concepciones típicas del Estado se han formado en vista del Estado unitario. Tipo ideal de los antiguos. Su influjo en las doctrinas de la Edad Media. La lucha con el absolutismo es el origen de la teoría de la estructura del Estado. Centralización y descentralización del Estado. La

	<u>Páginas.</u>
autonomía administrativa y sus distintas interpretaciones. Oposición entre la forma inglesa y continental de autonomía administrativa y su recíproco influjo. Descentralización administrativa. Descentralización mediante autonomía administrativa.	
II.— <i>Los modos diferentes de organizarse el Estado</i> .....	331-365
1.— <i>Descentralización administrativa</i> .....	331-336
Sistema provincial, sistema central, descentralización mediante autoridades locales é intermedias.	
2.— <i>Descentralización mediante autonomía administrativa</i> .....	336-349
Notas comunes negativas á toda autonomía administrativa. La autonomía sobre la base del derecho y del deber. Del individuo y de las asociaciones. La administración del Estado en Inglaterra mediante funciones honoríficas. Distintas modificaciones. Autoridades mixtas del Estado. Asociaciones de Derecho Público, activas y pasivas. Tipo de las últimas en Inglaterra. Tipo de los primeros: los municipios de los Estados continentales. Exigencias de autonomía administrativa en Inglaterra y en el continente. Los municipios como tipos de asociaciones autorizadas para ejercer la autonomía administrativa. Carácter derivado de su <i>imperium</i> . Esfera de acción propia y aplicada de los municipios. Resumen.	
3.— <i>Descentralización por regiones</i> .....	349-365
Los actuales conceptos de Derecho Político no bastan á abarcar todas las formas existentes de Estados. Ojeada sobre las formaciones estatistas con unidad incompleta.	
1.—Territorio y pueblo no son una unidad de Derecho Político. Situaciones vacilantes equívocas de corta y larga duración: Bosnia-Herzegovina. Separación principal de las conquistas hechas con-	

	<u>Páginas.</u>
forme á Derecho Internacional del territorio de Estados conquistados. Los territorios protegidos.	352-355
2.—Regiones con órganos legislativos especiales. El Canadá, las colonias del Cabo, Australia, regiones austriacas, Alsacia-Lorena.....	356-360
3.—Croacia y Finlandia. Coincidencia de sus órganos supremos con los de los Estados á que se hallan subordinadas. Razón por la cual no son Estados.	360-361
4.—Regiones anexionadas. Regiones como miembros integrantes del Estado.....	362-364
5.—Regiones desorganizadas y organizadas. Importancia política de la desorganización por regiones..	364-365

## CAPÍTULO VEINTE

## Las formas del Estado. ✓

I.— <i>División de las formas del Estado</i> .....	367-376 ✓
Antigüedad del problema. Posibilidad de un gran número de divisiones. Escaso valor de la mayor parte de ellas. El poder del Estado como el elemento peculiar de éste. Las relaciones formales de voluntad constante. Los modos de formación de la voluntad como principio jurídico de división. Voluntad jurídica y voluntad física. La antigua doctrina del Estado y Maquiavelo, Monarquía, República.	
II.— <i>La monarquía</i> .....	377-428 ✓
1.— <i>La naturaleza de la monarquía</i> .....	377-399 ✓
La monarquía como Estado dirigido por una voluntad física. La situación histórica cambiante de los monarcas. El monarca considerado sobre el Estado, fuera del Estado y dentro del Estado.	
2.—El monarca como Dios ó como representante del mismo. La monarquía patriarcal como expresión especial de este tipo.....	378-376

	Páginas.
b).—El monarca como propietario del Estado.....	379-381
c).—El monarca como miembro y órgano del Estado.....	381-399
Examen de esta doctrina en la antigua teoría del Estado, en la de la Edad Media y en la Moderna del absolutismo. El príncipe como representante del pueblo. Hobbes, Luis XIV, Federico el Grande, Leopoldo II. La nueva concepción del monarca como órgano del Estado. Envejecimiento de la doctrina que considera al monarca necesariamente como tenedor de la totalidad del poder del Estado. El monarca como punto de partida de las funciones del Estado. Modificación de la Constitución por el asentimiento del monarca. La monarquía con una pluralidad de personas monárquicas.	
✓ 2.— <i>Las formas de la monarquía</i> .....	399-428 ✓
La distinción jurídica como principio de división. El carácter vitalicio, la irresponsabilidad y la continuidad de la situación del monarca no es principio de división.	
a).—Monarquía electiva y monarquía hereditaria....	405-408
La herencia de la corona. La monarquía hereditaria mediante pacto de sucesión recíproca ó pacto <i>confraternitatis</i> , adopción ó mediante libre nombramiento.	
b).—Monarquía ilimitada y limitada.....	409-428
En las monarquías absolutas sólo el monarca es órgano inmediato del Estado. Garantías contra la arbitrariedad de la administración. La fidelidad á las limitaciones que la Constitución establece, sólo está condicionada por la voluntad jurídica del monarca. El problema de la limitación del poder en la actualidad.	
Su concepción en la Edad Media y en la Moderna. Limitaciones jurídicas del monarca nacidas del dualismo medioeval. Monarquía de clases. El derecho del príncipe y de las clases ó	

	Páginas.
brazos aparece como igualmente originario. Modificaciones llevadas á cabo en estas relaciones. Superación del dualismo de clases mediante el Estado moderno. En el continente obtúvose esto mediante la monarquía absoluta; en Inglaterra por la constitucional. Transformación de las clases inglesas en órganos del Estado. Consecuencias históricas de la monarquía de clases, constitucional y parlamentaria. Esta última no se ha de juzgar jurídicamente, sino como una variedad de la monarquía.	
Recensión del sistema constitucional en las monarquías continentales, á excepción de Rusia. Dualismo de los órganos inmediatos: monarca y Parlamento. Tres posibilidades políticas: predominio de la monarquía, predominio del Parlamento ó equilibrio de ambos. Distintas bases que tiene la monarquía parlamentaria en Inglaterra y en el continente. La situación jurídica de las Cámaras es diferente también á causa de esto.	
✓ III.— <i>La república</i> .....	428-461
1.— <i>Naturaleza de la república</i> .....	428-432
El origen de la república como fruto de una oposición consciente á la monarquía. La república como no monarquía. Jurídicamente sólo existe una distinción cuantitativa entre las distintas clases de república. Variedad de las formas empíricas que reviste la república. El imperio alemán. Transición entre monarquía y república. Tipo teocrático y patrimonial de la república.	
2.— <i>Las diferentes clases de república</i> .....	432-461
1.—Según el número de los órganos inmediatos. República con un solo órgano inmediato ó con varios.....	433-434
2.—Según la naturaleza de los órganos inmediatos...	434-461
a).—Repúblicas en que el soberano tiene carácter corporativo.....	434-435
b).—Repúblicas oligocráticas.....	435

	Páginas.
c).—Repúblicas de clases ó aristocráticas. ....	435-438
Éstas dependen de la clasificación del pueblo. Transición á la república democrática.	
d).—República democrática. ....	438-440
Su carácter. Distinciones varias que son posibles atendiendo á la estructura interna del <i>demos</i> dominante. Es más independiente de las relaciones sociales que las repúblicas aristocráticas.	
A).—La democracia antigua. ....	440-441
B).—La democracia moderna. ....	441-446
Las ideas democráticas modernas y sus influjos sobre las fuerzas espirituales. Su relación con el Derecho Natural.	
a) $\alpha$ .—Repúblicas democráticas en que la comunidad del pueblo tiene asamblea popular deliberante y está dotada de facultades decisorias. ....	447-448
$\beta$ .—Repúblicas democráticas puramente representativas. ....	448-451
$\gamma$ .—Repúblicas democráticas representativas con instituciones democráticas inmediatas. ....	451-456
El <i>referendum</i> y sus clases. Repúblicas con legislatura una ó doble.	
b).—División atendiendo á la naturaleza de la Constitución y á la organización del Gobierno. Constitución de éste: elección del órgano supremo del Gobierno por el pueblo, de un modo inmediato ó mediante representante. Importancia política predominante de esta clase de división. Organización. Dirección individual ó colegial del Estado. Las repúblicas presidenciales. Sus matices. Presidente constitucional y parlamentario. Jefe del ejecutivo subordinado al legislativo. No obstante el origen monárquico del Gobierno presidencial, jamás es el presidente el órgano supremo. ....	456-461

## CAPÍTULO VEINTIUNO

## Uniones de Estados.

I.— <i>Aclaraciones previas</i> . ....	463-470
1.—El problema de la unión de los Estados apenas si fué tocado por la antigua ciencia del Estado. Obscuridad que reina aún hoy acerca de esta cuestión. ....	463-464
2.—Los sistemas de Estados son uniones de índole social, no jurídica. Contratos particulares y uniones administrativas. ....	464-467
3.—Las uniones de Estados, en estricto sentido, como uniones jurídicas permanentes de naturaleza política. Su distinción de las alianzas. ....	467-469
4.—Uniones organizadas y no organizadas de Derecho Internacional y Político. Imposibilidad de una generalización estricta de esta división. ....	469-470
II.— <i>Las formas de las uniones de los Estados (en sentido estricto)</i> . ....	471-527
A.— <i>Uniones aparentes de Estados</i> . ....	471-472
B.— <i>Uniones de Estados en sentido jurídico</i> . ....	472-527
1.—Relaciones de dependencia fundadas en el Derecho Internacional. ....	472-477
Los protectorados y otras formas de unión igualmente no organizadas.	
2.—El Estado supremo y los Estados sometidos (Estado de Estados). ....	477-480
Esta es una unión de Estados de Derecho Político; su tipo es primitivo. No hay una relación necesaria entre la vida política del Estado superior y el sometido. El Estado de Estados pertenece especialmente á las uniones no orgánicas. Distintas causas históricas de su nacimiento. En Occidente esta forma es ya una forma pretérita.	

- 3.—Uniones monárquicas; uniones personales y reales ..... 480-494

En la unión personal la persona común del monarca es jurídicamente contingente, en tanto que en las uniones reales esta misma unidad de la persona del monarca es jurídicamente intencional.

Las uniones personales carecen jurídicamente de interés; pero son de importancia para la política. La guerra entre Estados con unión personal no es posible, aun cuando sí puede haber una coacción de tipo internacional que no tiene carácter guerrero.

La unión real es una unión orgánica. Sus miembros, en sentido jurídico, son independientes unos de otros. Se trata de una unión de Derecho Internacional con influjos de Derecho Público.

No es probable una nueva fundación de uniones reales. Para el Estado alemán carece completamente de valor. Ciertas situaciones equívocas no pueden ser estimadas ni como uniones personales ni como reales. En la naturaleza de la unión real radica el que sea de larga duración.

- 4.—La confederación de Estados..... 494-503

Por su carácter de permanente y total y mediante sus órganos permanentes, distínguese de las alianzas defensivas. El poder de la unión no es un poder del Estado, ni puede ejercitar el *imperium* y sí sólo una coacción internacional. La confederación como una comunidad de derecho internacional con órganos y acción común. El poder del Estado sólo se ejerce sobre los Estados.

La antigua concepción del Estado y la de la Edad Media no pueden servir para conseguir la determinación del tipo. Nota permanente. Soberanía del miembro de la confederación. La confederación de Estados como la más alta forma permanente de organización, pero insuficiente.

- 5.—El Estado federal..... 503-527

Es soberano. Su poder estatista nace de los Estados miembros. Es una asociación de Estados de Derecho Público. Los Estados miembros como Estados del poder federal. Carácter estatista de los Estados miembros considerados en dos aspectos: como comunidad de poderes libres federados y como titular de exigencias de Derecho Público respecto del Estado federal. El fundamento del Estado federal conforme á la Constitución no es de índole contractual. Importancia práctica de las precedentes observaciones.

Dos posibilidades respecto á la entrada posterior de un Estado en la federación. La situación jurídica de los Estados miembros es igual á la de los individuos, considerada en cuatro aspectos. Derechos del poder federal. La extensión de su Competencia respecto de los Estados miembros no tiene límite.

El Estado federal como la única forma sana y normal de las uniones políticas de los Estados.

## CAPÍTULO VEINTIDÓS

### Las garantías del Derecho público.

I.—Garantías sociales.....	530
II.—Garantías políticas.....	530-533
III.—Garantías jurídicas.....	533-537
1.—Fiscalización administrativa, financiera y parlamentaria.....	533-534
2.—Responsabilidad individual del titular político de una situación de órgano frente al Estado.....	534-535
3.—La jurisdicción como función estatista para la protección del Derecho común.....	535-536
4.—Medios jurídicos de los súbditos para conseguir sus derechos individuales.....	536-537



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUÁREZ

48, Preciados, 48.—MADRID

### Biblioteca de Derecho y de Ciencias sociales.

En esta BIBLIOTECA aparecerán, sucesivamente, obras de distinguidos escritores nacionales y extranjeros, editadas con esmero en tomos en 8.º mayor. A cada una de aquéllas se le fijará el precio que su extensión exija, facilitándose a la vez la adquisición aislada de los volúmenes que la formen.

#### VOLÚMENES PUBLICADOS

- I y II.—**López Moreno** (S.).—Teoría fundamental del procedimiento civil y criminal, con numerosas notas y citas de los Códigos de procedimiento de Alemania, Francia, Austria, Italia, Bélgica, Suiza y otros, 16 pts.
- III.—**Fernández Prada** (J.).—Estudios del Derecho internacional público y privado, 3 ptas.
- IV.—**Legouvé** (E.).—El arte de la lectura. Traducción por Manuel Sales y Ferré, 1912. Tercera edición aumentada, 3 ptas.
- V y VI.—**Salillas** (R.).—La teoría básica del delito. Comprende cinco libros, titulados: La noción básica, Las leyes básicas, La base psíquica, La base social y La base moral. 1901; dos tomos, 16 ptas.
- VII.—**Lombroso** (C.).—El delito, sus causas y remedios. Traducción de Bernaldo de Quirós, 10 ptas.
- VIII.—**Nicéforo** (A.).—La transformación del delito en la sociedad moderna. Traducción de C. Bernaldo de Quirós, 2,50 ptas.
- IX.—**Engel** (E.).—Psicología de la Literatura francesa. Traducción del alemán por V. Ardila Sande, 3 ptas.
- X.—**Barriobero y Armas** (J.).—La nobleza española: su estado legal. Títulos y grandezas, concesión, sucesión, etc., etc., 3 ptas.
- XI.—**Schloss**.—Sistemas de remuneración industrial. Traducción de Siro García del Mazo, 6 ptas.
- XII.—**Gulchot y Sierra** (A.).—Ciencia de la mitología, con prólogo de Manuel Sales y Ferré, 6 ptas.
- XIII.—**Ossip Lourié**.—La filosofía de Tolstói. Traducción de Urbano González Serrano, 2,50 ptas.
- XIV.—**Spencer** (H.).—Hechos y explicaciones. Vertido al castellano por Siro García del Mazo, 4 ptas.
- XV.—**Altamira** (R.).—Historia del Derecho español. Cuestiones preliminares, 3 ptas.
- XVI.—**Hume** (M.).—Españoles é ingleses en el siglo xvi. Estudios históricos, 4 ptas.
- XVII.—**Kidd** (B.).—La civilización occidental. Vertida al castellano por Siro García del Mazo, 7 ptas.
- XVIII.—**Costa** (J.).—El juicio pericial (de peritos prácticos, liquidadores, partidores, terceros, etc.) y su procedimiento, 3 ptas.
- XIX y XX.—**Wilson** (W.).—El Estado. Elementos de política histórica y

- práctica, con una introducción de Oscar Brownin, del Colegio del Rey en Cambridge. Traducción española, con un estudio preliminar de Adolfo Posada, 12 ptas.
- XXI.—**Gascón Marín (J.)**.—Municipalización de servicios públicos, 3,50 ptas.
- XXII.—**Demolins (E.)**.—En qué consiste la superioridad de los anglosajones. Versión española, prólogo y notas de Santiago Alba, 5 ptas.
- XXIII.—**Valls y Merino**.—La extradición y el procedimiento judicial internacional en España, precedido de una «Monografía de la extradición», por D. Antonio Castro y Casaléiz, 7 ptas.
- XXIV.—**Girón y Arcas (J.)**.—La situación jurídica de la Iglesia católica en los diversos Estados de Europa y de América. Notas para su estudio, 5 ptas.
- XXV.—**Béchaux (A.)**.—Las escuelas económicas en el siglo xx. La escuela francesa, traducido por Rafael Marín y Lázaro, con un prólogo del Excmo. Sr. D. Eduardo Sanz y Escartín, 2,50 ptas.
- XXVI.—**Demolins (E.)**.—¿Nos interesa conquistar el poder?
- XXVII.—**Exner (A.)**.—De la fuerza mayor en el Derecho mercantil romano y el actual. Traducción directa del alemán por el Dr. Emilio Miñana y Villagrasa, seguida de apéndices, conteniendo el primero el texto, con su traducción al frente, de los Códigos y leyes referentes á la materia en Austria, Alemania, Rusia, Inglaterra, Rumania, Italia, Suiza, Portugal, Francia, Congo, Japón, Suecia, Holanda, Estados Unidos de América del Norte, varios Estados, Egipto, Méjico, República Argentina y Chile. Apéndice segundo: Legislación española, 5 ptas.
- XXVIII.—**Costa (J.)**.—Fideicomisos y albaceazgos de confianza y sus relaciones con el Código civil, 4 ptas.
- XXIX.—**Hinojosa (E. de)**.—El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media, con notas y documentos, 7 ptas.
- XXX.—**Castro y Valero (J.)**.—Tratado de Derecho veterinario, 5 ptas.
- XXXI.—**Ugarte (J.)**.—Reformas en la Administración de justicia. Apuntes para su estudio, 3 ptas.
- XXXII y XXXIII.—**Montesquieu**.—El espíritu de las leyes. Vertido al castellano, con notas y observaciones, por Siro García del Mazo, 16 ptas.
- XXXIV.—**Facklenber (R.)**.—La Filosofía alemana desde Kant. Traducción de Francisco Giner, 3 ptas.
- XXXV y XXXVI.—**Flora (F.)**.—Ciencia de la Hacienda. Versión española autorizada sobre la segunda edición italiana, corregida y aumentada por el autor, con prólogo y notas de Vicente Gay, 12 ptas.
- XXXVII.—**Letellier (V.)**.—Ensayo de Onomatología ó estudio de los nombres propios y hereditarios, prólogo de Adolfo Posada, 3 ptas.
- XXXVIII.—**Posada (A.)**.—Derecho político comparado. Capítulos de introducción, 4 ptas.
- XXXIX.—**Andrade (M. B.)**.—La moral universal. Contiene: Necesidad de la Religión, Principio y fundamento de la Moral. Las religiones falsas de la antigüedad, Moral de las principales religiones, Moral excelente de la legislación mosaica, Moral divina de Jesús, La Moral en la sociología: Darwin, Spencer, 3,50 ptas.

- XL.—**Bernaldo de Quirós (C.)**.—La picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios. Con nueve reproducciones de antiguos rollos jurisdiccionales, 2,50 ptas.
- XLI.—**Gómez Izquierdo (A.)**.—Nuevas direcciones de la lógica, 3,50 ptas.
- XLII y LVII.—**Bonilla y San Martín (A.)**.—Historia de la Filosofía española desde los tiempos primitivos hasta el siglo xii, 7,50 ptas.—Idem *id.* (siglos viii-xii: Judíos), 7,50 ptas.
- XLIII.—**Jellinek (G.)**.—La declaración de los hechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna. Traducción de la segunda edición alemana, con un estudio preliminar por Adolfo Posada, 3 ptas.
- XLIV y XLV.—**Bustamante y Sirvén (A. S. de)**.—La segunda Conferencia de la Paz, reunida en La Haya en 1907, 14 ptas.
- XLVI.—**Savigny, Eichorn, Gierke y Stammler**.—La escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio. Traducción del alemán por R. Atard, 4 ptas.
- XLVII.—**Muirhead, M. A. (J. H.)**.—Los elementos de la Ética. Traducción del inglés por J. Besteiro, 4,50 ptas.
- XLVIII.—**Saleilles (R.)**.—La posesión. Elementos que la constituyen y su sistema en el Código civil del Imperio alemán. Traducción castellana de José María Navarro de Palencia, 5 ptas.
- XLIX.—**Posada (A.)**.—Evolución legislativa del régimen local en España (1812-1909), 8 ptas.
- L.—**Kohler (J.)**.—Filosofía del Derecho ó historia universal del Derecho. Traducción y adiciones por J. Castillejo y Duarte, 5 ptas.
- LI.—**Buylla y G. Alegre (A.)**.—La protección del obrero (Acción social y acción política), 3 ptas.
- LII.—**Sela**.—La educación nacional: hechos ó ideas, 5 ptas.
- LIII.—**Rivera y Pastor (F.)**.—Las doctrinas del Derecho y del Estado, 3 ptas.
- LIV.—**Montes (P. J.)**, Profesor de Derecho en el Colegio de Estudios Superiores en El Escorial. —Precursores de la ciencia penal en España: estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito. Madrid, 1911; de 748 páginas, 12 ptas.
- LV.—**García Guijarro (L.)**.—Bases del Derecho inmobiliario en la legislación comparada, 4 ptas.
- LVI.—**Díaz (M. P.)**.—Derecho penal internacional, por Miguel P. Díaz, Doctor en Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires; prólogo del Doctor Zeballos, Profesor de Derecho internacional privado en la misma Universidad, 4 ptas.
- LVIII.—**Pella (R.)**.—Tratado teórico-práctico de las marcas de fábrica y de comercio en España, 5 ptas.
- LIX.—**Diego y Gutiérrez (F. C. de)**.—Transmisión de las obligaciones, según la doctrina y legislación española y extranjera, 6 ptas.
- LX.—**Latino (Anibal)**.—Problemas y lecturas. Madrid, 1912; de 539 páginas, 4 ptas.
- LXI.—**Münsterberg**, Profesor de Psicología de la Universidad de Har-

Librería general de Victoriano Suárez.—Preciados, 48, Madrid.

vard.—La Psicología y la vida; traducción del inglés por Domingo Barnés, del Museo Pedagógico Nacional, Profesor de la Escuela Superior del Magisterio, 3,50 ptas.

LXII.—**Sangro y Ros de Olano** (P.).—La evolución internacional del Derecho obrero, 4 ptas.

LXIII.—**Seignán** (E. R. A.).—El impuesto progresivo en la teoría y en la práctica. Traducción de la segunda edición americana, con prólogo y apéndice de L. Víctor Paret, Profesor mercantil, etc., 7 ptas.

LXIV.—**Rowe** (L. S.), Profesor de Ciencias Políticas en la Universidad de Pensilvania.—El gobierno de la ciudad y sus problemas. Traducción de L. G. Posada. Prólogo de Adolfo Posada, 6 ptas.

LXV y LXVI.—**Jellinek** (G.), Profesor de la Universidad de Heidelberg.—Teoría general del Estado. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, Catedrático de Derecho político en la Universidad de Granada, 16 ptas.

LXVII.—**Saldaña** (Q.).—Los orígenes de la *Criminología*, por Quintiliano Saldaña, Catedrático de estudios superiores de *Derecho penal* y de *Antropología criminal* en la Universidad de Madrid, 6 ptas.

LXVIII.—**Alfena** (B.), Profesor de Derecho y de procedimiento penal en la Universidad de Módena.—Principios de Derecho penal. Traducido y anotado por Eugenio Cuello Calón, Profesor numerario de Derecho penal en la Universidad de Barcelona, 6 ptas.

LXIX y LXXI.—**Posada** (A.), Catedrático de la Facultad de Derecho en la Universidad de Madrid.—Tratado de Derecho político. Segunda edición, revisada:

Tomo I, en dos volúmenes: Introducción y teoría del Estado, 12 ptas.

Tomo II: Derecho constitucional comparado de los principales Estados de Europa y América. Madrid, 1894, 7 ptas.

Tomo III: Guía para el estudio y aplicación del Derecho constitucional de Europa y América. Textos. Cuestiones bibliográficas. Madrid, 1894, 3 ptas.

Total: los cuatro volúmenes, 22 ptas.

LXX.—**Valverde** (A. L.), Doctor en Derecho, Profesor por oposición en la Escuela de Comercio de la Habana.—Compendio de historia del comercio para uso de las escuelas comerciales, 6 ptas.

**Alarcón** (D. Pedro A. de).—Obras completas. Diez y ocho tomos, 71 ptas.

**Arenal** (D.<sup>a</sup> Concepción).—Obras completas. Veintitrés tomos, 79 ptas.

**Ganivet** (D. Angel).—Obras completas. Siete tomos, 17 ptas.

**Palacio Valdés** (D. Armando).—Obras completas. Diez y nueve tomos, 76 ptas.

**Pereda** (D. José M.).—Obras completas. Diez y siete tomos, 68 ptas.

**Sinués** (D.<sup>a</sup> María del Pilar).—Obras. Cincuenta y seis tomos, 181,50 ptas.

Los precios marcados son para Madrid y á la rústica.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

®

DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD

DE LOS ANDES  
AUTÓNOMA  
VENEZUELA  
RECTORADO

