

imperios, repúblicas, ciudades, etc.). Se formó entonces la expresión Estado. Jacobo Burckhardt dice que el término Estado se aplicó primero a los gobernantes y a sus cortes, y luego a todos aquellos que estaban comprendidos en su organización. Sin embargo, los historiadores creen que esta expresión proviene del latín: "status". Había Estado cuando había una organización jurídica determinada. Su empleo en la ciencia del Derecho Constitucional coincide con la época en la cual se sintió políticamente la necesidad de encontrar un nombre a esta realidad. La expresión se difundió primeramente en Francia e Inglaterra y luego en Alemania. En Francia se la encuentra ya significando algo semejante a lo actual. En Inglaterra, en las propias obras de Shakespeare. En Alemania en el siglo XVIII es que se emplea en el sentido actual.

Bolilla 2

NATURALEZA DEL ESTADO

Entraremos al problema de la naturaleza del Estado; (es un problema ontológico) trataremos de hallar la esencia del Estado, qué es en sí el Estado. El problema, como que tiene por objeto al Estado, va a mostrar cómo los autores traen al campo del Derecho Constitucional los aportes que reciben de las otras ciencias positivas. Son muy variadas las explicaciones acerca de la naturaleza del Estado. Tanto que están en razón directa con el número de autores que han estudiado el problema. Con todo, por una necesidad de sistematización, para facilitar el conocimiento de las diversas posiciones doctrinarias, vamos a tratar de colocar las distintas corrientes dentro de tres grupos: Sociológicas, Políticas, ético-políticas, éticas y Jurídicas. Se ha tendido en ellas al predominio de un elemento sobre los otros, no exclusivo, pero sí primordial. Volveremos sobre ellas para ver como están emparentadas entre sí.

I

DOCTRINAS SOCIOLOGICAS

Comenzaremos con la doctrina sociológica o de Comte. La constitución de la Sociología como ciencia natural de la sociedad ha tenido como consecuencia inmediata la aplicación de los métodos sociológicos en los fenómenos jurídicos; (En las ramas jurídicas: Derecho Civil, Penal, etc., y hasta en Filosofía del Derecho), esta influencia ha llegado al campo del Derecho Constitucional. Por otra parte, esto sirve para legitimar que tantos esfuerzos hayan salido del campo de la Sociología para entrar en el del Derecho. (Las re-

laciones del Estado como fenómeno social y la sociedad justifican esta inter-ferencia entre el D. Constitucional y la Sociología). Estudiaremos primero las teorías que resuelven el fenómeno del Estado en un complejo de acción re-cíproca, porque esa acción puede establecerse entre distintos entes y mani-festarse también de manera diversa: por eso las soluciones pueden ser muchas.

Teoría de la acción recíproca de Jorge Simmel. Simmel buscaba probar que el Estado era una realidad natural. El pensamiento de Simmel entronca con su concepción general de los problemas sociales. Creó un sistema Socio-lógico; su sistema sociológico, y su explicación sobre la naturaleza del Es-tado no sería más que una explicación particular de ese sistema.

Se le presentó, y de manera muy rigurosa, el problema de la determina-ción rigurosa del dominio de la Sociología. Según una frase suya, se habían echado en un gran puchero todas las ciencias históricas, normativas, etc., y se le había puesto nombre: Sociología. Le faltaba un objeto específico pues para Simmel no hay ciencia si no tiene un objeto determinado. El obje-to en la determinación que Simmel da a la palabra, es solamente una nueva línea de hechos que pueden ser conocidos, y por lo tanto ser el objeto de todas las ciencias. Objeto, es sólo una nueva línea trazada a través de hechos que pueden ser tratados por otra ciencia. No se exigen hechos nuevos, sino nuevos modos de descubrir. El punto de vista nuevo surge del análisis del concepto de sociedad; para llegar a él, parte de la concepción más empírica y más amplia que se puede imaginar de lo que sociedad. Procura Simmel evitar todo posible conflicto en cuanto a definición. Lo social existe para Simmel cuando hay varios individuos que se hallan en acción recíproca; esa acción recíproca se produce obedeciendo a determinados instintos y en bus-ca de determinados fines. Los portadores de instintos y fines se han conver-tido en una unidad, en una sociedad. La existencia de esas acciones recípro-cas significan que los medios que han llevado a colaborar a los hombres han servido para que formen una unidad. En fin; las distintas formas sociales al irse integrando constituyen según él zonas de la vida social. El llamado pro-ducto o ente social no es otra cosa que la condensación de esas acciones re-cíprocas. Los entes sociales son condensaciones de esas interacciones teji-das con una cierta unidad. Esa unidad de acción recíproca que llamamos pro-ducto o ente social puede ofrecer diferentes grados de cohesión, ésta puede variar desde la unión ocasional para una "razzia" hasta la familia y hasta el Estado. El Estado es una unidad social, es una condensación de acciones recíprocas, pero tiene de especial que es el que tiene más intensa cohesión. Ese Estado —dice Simmel— es una unidad, porque entre sus componentes existe la correspondiente relación de acción mutua. Simmel apunta, pues, una solución a las relaciones del Estado y la sociedad.

do sería relegado entonces, frase de Engels: "al único lugar que le corresponde, un museo de antigüedades junto a la rueda y al hacha de bronce".

Mientras que en Gumpłowicz y en Oppenheimer, para que surja el Estado es necesaria la existencia de elementos heterogéneos, grupos étnicos, grupos económicos diferentes, para Marx y Engels basta con el desarrollo de un grupo originariamente homogéneo en el cual se ha de plantear luego esa división entre explotadores y explotados. Mientras que para aquellos, los grupos que están en pugna tienen un origen distinto para Marx se van creando por un proceso inmanente dentro de un grupo primitivamente homogéneo, mientras para Oppenheimer esa lucha de pueblos da por resultado el Estado, cuyo objeto es la persecución de una finalidad superior, bienestar de la humanidad o integración del Estado, para Marx y Engels el Estado es una institución llamada a desaparecer, por cuanto es un instrumento de dominación de un grupo sobre otro y nada más que eso. No hay pues, una transformación del Estado. El Estado está aquí originado por la violencia, es un instrumento coactivo de la dominación que ha de desaparecer irremisiblemente cuando desaparezca también la violencia de las relaciones entre los grupos humanos.

No hay para qué decir que la posición de estos autores será muy distinta también cuando se trate del problema de la justificación del Estado, porque mientras para uno, el Estado, cualquiera sea su origen, llega a tener una legitimación, para el marxismo nunca la podrá tener.

TEORIA DE LEON DUGUIT

También dentro de las teorías que explican el fenómeno del Estado por la acción recíproca de varios elementos que están en relación de lucha u oposición, hay que colocar a Duguit. Fue profesor de derecho contemporáneo en Burdeos y falleció en 1928. Se le ha llamado "creador del Derecho Público moderno", del mismo modo que Grotius o Grocio se le puede llamar creador del Derecho Internacional. Ejerció y ejerce sobre los juristas del siglo XX una influencia muy grande; fue una influencia estimulante y Duguit ha contribuido como nadie al progreso científico del D. Constitucional. Es un formidable crítico, un crítico implacable aunque de una excepcional fidelidad científica que admite ser criticado y rebate la crítica. En ese aspecto crítico se le ha comparado con Voltaire, si Voltaire fue el destructor de tantos prejuicios que ahogaban el pensamiento humano, especialmente en el plano filosófico en el siglo XVIII, puede decirse que Duguit fue también un destructor de prejuicios metafísicos en el campo del Derecho Público. Por lo menos, y esto lo reconocen hasta los más vigorosos opositores, su obra ha sido utilísima para la Ciencia del D. Constitucional.

Su filosofía es positivista: en el campo filosófico-sociológico es un discípulo de Durkheim; su método es el método realista. Por sus análisis filosóficos ha arruinado definitivamente un gran número de teorías jurídicas que

aparecían aceptadas con valor axiomático, pero que no resistieron la contundente crítica de los hechos a que las sometiera el profesor de Burdeos. Ha caído lo que él llamaba —con esa exageración y pasión que ponía en sus frases, destino limpio y claro— la retórica y la logomaquia. Pero no fue tan sólo el gran demolidor, fue también un constructor. Aunque tal vez su obra más perdurable sea la crítica, ha querido edificar. Como decía en su prefacio a la tercera edición de su “Tratado de Derecho Constitucional” que apareció en 1827, es preciso según él, comprobar los hechos, afirmar como verdad nada más que aquello que se puede comprobar o se comprueba por la observación directa y desterrar del orden jurídico todos los conceptos “a priori”, objeto, dice él, de las creencias metafísicas o religiosas, pero que nada tienen que ver en el campo científico. Hay que desterrar, pues —para este autor— del campo del Derecho Público, para convertirlo en una ciencia, todos los desenvolvimientos metafísicos y religiosos que aunque puedan tener un valor literario, nunca pueden ayudar a descubrir la verdad positiva.

En otro párrafo decía: “Tengo un profundo respeto por las creencias religiosas sinceras y admiro las ensoñaciones metafísicas que están traducidas por un hermoso lenguaje, pero que hay que apartarlas del descubrimiento de la realidad científica”. Estas palabras nos fijan la posición filosófica de Duguit y su actitud en el estudio de los problemas del D. Constitucional. Ha formulado también claramente la idea esencial de su método realista; este método no excluye sino que por el contrario acoge el razonamiento deductivo, que es uno de los pilares fundamentales de la investigación y el descubrimiento científico, pero a condición de que sólo partan de hechos que resulten comprobados por la observación directa, primeramente, y segundo, que no se acepte más que las consecuencias que resulten verificadas por la observación, rechazando y abandonando definitivamente aquellas que aparezcan contradichas por la observación directa.

Parte de un hecho que califica de incontestable: “que el hombre vive en sociedad, que ha vivido siempre en sociedad, y no puede vivir más que en sociedad”. La sociedad es un hecho primario y natural, no es una invención del hombre. Todo hombre forma parte de un grupo, integra un conglomerado social pero al mismo tiempo —y aquí veremos cómo Duguit se aparta de toda forma de socialismo totalitario—, el hombre tiene la conciencia de su individualidad, de que es una persona que tiene sus tendencias, sus aspiraciones, su vocación propia, peculiar e irreductible. *El hombre tiene conciencia de sociabilidad, es decir, de su dependencia de un grupo social, pero tiene también conciencia de su individualidad, es decir de su condición propia, singularísima, diferente de la de los demás.*

¿Qué lazos une a los hombres? Los lazos de la solidaridad social. La palabra, se apresura a decir Duguit, ha sido mal utilizada por los políticos, pero sigue siendo la más expresiva y la más cómoda. Se puede decir también, añade, interdependencia social.

¿Esa vinculación entre los hombres que es la razón de ser de la existencia de la sociedad, es un fenómeno universal? Se pregunta. El da a la in-

terrogante una respuesta afirmativa. Abarca a todos los hombres de la humanidad pero no a todos con la misma intensidad, porque la humanidad está actualmente —y ha estado siempre— dividida en grupos más o menos extensos.

Un rápido reconocimiento histórico de ese transcurrir de la historia señala la existencia de estos grupos: La *horda*, grupo en el que los hombres aparecen reunidos para la defensa y para la existencia común. La *familia* grupo en el que a esos factores se une la vinculación de sangre y comunidad de creencias religiosas. La *ciudad*, que es un grupo de familias con un mismo origen y las mismas tradiciones. Y la *nación*, que es la forma moderna por excelencia de agrupación y cuya constitución se debe a factores diversos: comunidad de derecho, lenguaje, tradición, lucha, etc.; pero por diversas que puedan ser las formas sociales, los lazos de la comunidad social que se crean entre los hombres pueden siempre reducirse a dos elementos esenciales que son los que explican la existencia de la solidaridad social, que vimos ya, era el vínculo por el que se crea la sociedad, que es un hecho natural y primario de la humanidad.

¿Cuáles son esos dos elementos que determinan el surgimiento de la solidaridad social? Son:

1) La existencia de necesidades comunes de los individuos; necesidades comunes que no pueden asegurarse más que por la vida en comunidad. Es lo que Durkheim llama solidaridad por similitud o solidaridad mecánica.

2) La existencia de necesidades diferentes y de aptitudes también diferentes en los individuos. Necesidades diferentes, pues, que sólo pueden satisfacerse mediante el intercambio recíproco de servicios, favorecidos precisamente, por esa diferencia de aptitudes. Es lo que estos autores le llaman solidaridad por división de trabajo o solidaridad orgánica. A medida que transcurre el tiempo, a medida que la sociedad se vuelve más compleja, que los grupos sociales van avanzando tiende a incrementarse este último tipo de solidaridad.

Ha recogido hasta ahora de Durkheim lo que hemos expuesto de su pensamiento magníficamente condensado en su pequeño gran libro: "Las reglas del método sociológico"; y el mismo Duguit lo reconoce. Pero establecida la existencia, la extensión y la naturaleza de la solidaridad social es fácil mostrar para él, cómo esa solidaridad social resulta el verdadero fundamento del Derecho. El hombre no vive más que en sociedad y no puede vivir más que en sociedad. La sociedad no existe más que por la solidaridad que une a los individuos que la compone. Hay un razgo que se impone a todos por la misma fuerza de las cosas y es la solidaridad social que se traduce en dos cosas:

1) No hacer nada atentatorio contra la solidaridad social en cualquiera de sus dos formas.

2) Tratar de incrementar esa solidaridad social. Una conducta, pues, negativa, no perjudicar la solidaridad social, y una conducta positiva, hacer cuanto favorezca a la solidaridad social. Todo el derecho objetivo para Duguit se reduce a eso. La ley positiva para ser ley, deberá ser el desarrollo, la exteriorización de ese principio. Esta regla de conducta la llama Duguit "Regla de Derecho". Está modelada sobre la solidaridad social.

Hasta este momento se ha supuesto, para comprender rápidamente, más fácilmente la noción del fundamento del Derecho, una sociedad imaginaria en la que no exista lo que modernamente se llama la autoridad política. Esto demuestra, dice el autor, que la noción de Derecho es completamente independiente de la noción de la autoridad política. Pero si puede existir sociedad sin autoridad política, es lo cierto que en la sociedad normalmente existe autoridad política. En casi todas las sociedades humanas, desde las más bárbaras hasta las más civilizadas anotamos siempre la existencia de ciertos individuos que parecen mandar, y de otros individuos que a su vez parecen obedecer, imponiendo los primeros la ejecución de sus órdenes por el empleo de la coacción si es necesario.

Los individuos que parecen mandar son los gobernantes; los individuos que parecen obedecer son los gobernados. La autoridad política es siempre un hecho del mismo orden. Hay diferencias de grado pero no de naturaleza.

En su sentido más amplio la palabra Estado designa a toda sociedad humana en la que existe una diferenciación política, es decir, en la que se ha producido esa diferenciación entre hombres que mandan, gobernantes, y hombres que obedecen, gobernados. La palabra Estado en un sentido más restringido, dice él, más moderno y más científico, no designa cualquier forma de diferenciación política dentro del medio social, sino esa diferenciación cuando ha alcanzado un cierto grado. El Estado es entonces, un hecho: la diferenciación entre gobernantes y gobernados dentro del medio social. Es, pues, el estado, el resultado de esa oposición de dos clases, de dos tipos humanos. Uno, el de los que mandan; otro, el de los que obedecen.

¿Por qué unos mandan y otros obedecen? Este es, para mí el problema de la legitimación del poder de los gobernantes y la legitimación del Estado. La solución, para él, es imposible, porque jamás se puede decir en virtud de qué calidad propia unos hombres aparecen imponiendo su fuerza sobre los otros. No se sabría bien, no se comprendería bien lo que dice Duguit, si no se dijera que no habla de una diferenciación que esté fundada sobre la violencia. El mayor poder que distingue a los gobernantes puede ser la fuerza física, y lo era en las comunidades más primitivas. *Pero esa mayor fuerza física puede resultar de factores espirituales de una mayor capacidad intelectual.*

Basta simplemente con que haya quien mande y quien obedezca. No va a tener tampoco Duguit una visión catastrófica del Estado. El Estado no tiene por qué estar llamado a desaparecer. Podrá ir variando el fundamento de la autoridad política, es decir, la razón de ser por la que unos hombres mandan sobre otros, pero el Estado no es una concepción contraria a la existencia de la sociedad. El Estado no atenta contra la solidaridad social, que es

Obsérvese cómo para este autor, al igual que para muchos otros que ya hemos estudiado, lo individual se da en lo social, pero la sociedad y el Estado no son simple agregación de actividades individuales. Se explica por esas actividades individuales de carácter social, pero cuando ellas no configuran una mera ordenación sino que llegan a esa forma superior que es la organización, mediante la cual esas actividades individuales puede aplicarse unitariamente.

III — DOCTRINAS ETICO-POLITICAS

Detenemos en este momento el desarrollo de las concepciones que ven en el Estado un fenómeno predominantemente sociológico, y vamos a examinar el segundo gran grupo de la clasificación que primeramente expusiéramos, esto es, el conjunto de las doctrinas que hacen del Estado un orden ético o político o la manifestación de un ideal ético o político. Sin duda que ya esta presentación previene contra el riesgo de considerar que los autores cuyas doctrinas abordaremos, procuran una explicación de lo que el Estado es históricamente. En su mayoría les ha de interesar simplemente encontrar un ideal de Estado o un concepto de Estado que independientemente de su vigencia histórica permita explicar cómo han ocurrido las cosas, y sobre todo, cómo debe ser el ordenamiento jurídico.

Estas posiciones tienen como tantas otras; su origen en la filosofía griega, en especial en Platón y Aristóteles. Para ambos los problemas políticos son esencialmente éticos. El Estado aparece como una sociedad natural que se propone alcanzar determinado fin moral. El hombre es por naturaleza miembro de una comunidad política. Es famosa la afirmación de que el hombre es un animal político (Aristóteles), es decir, un ser que vive en polis. La comunidad humana aparece como fenómeno natural que está dirigido así a la obtención de determinado fin ético: el fin del Estado es la virtud. No puede hallarse sin embargo, en estos autores una expresión completa y sistemática. La vinculación de Platón y Aristóteles con las corrientes de pensamiento ulteriores es lejana. Las indicaciones son meramente incidentales y el desarrollo posterior que de esas afirmaciones se hace, lleva mucho más allá de la intención de los filósofos griegos.

J. J. Rousseau. En esta dirección que ve en el Estado un orden ético o político, o la manifestación de un ideal ético o político hay que citar a Juan Jacobo Rousseau. Este autor se destaca en el campo de la Filosofía del Derecho por su profunda sensibilidad, por lo que él llamaba su odio soberano a la injusticia y por su conciencia vivísima de la discrepancia entre el "ser" y el "deber ser", esto es, lo que históricamente ocurre y ha ocurrido, y lo que debía ocurrir en una postulación de carácter ontológico. Las obras que permi-

ten formar el concepto que del Estado tenía Rousseau, son fundamentalmente dos: "el Discurso sobre la desigualdad entre los hombres", que publicara en 1753 y "El Contrato Social", que apareciera en 1762. El primero es una historia conjetural del desarrollo de la Humanidad.

Los hombres fueron (y esta no es una afirmación de valor histórico, sino simplemente un presupuesto ideal) originariamente libres e iguales. Y en este estado de naturaleza los hombres eran felices. ¿Por qué perdieron esa felicidad? Por causa de la sociedad, de la civilización. La propiedad privada y la dominación política explican la extinción de la libertad y de la igualdad y con ella la desaparición de la felicidad.

"El primer hombre que cercó un campo y dijo esto es mío —expresa Rousseau— fue el primero en sembrar la discordia entre los hombres y el primer causante de su infelicidad". El concepto de propiedad privada se une a la dominación política terminando por crear ese clima en que el hombre se movía.

Donde finaliza el discurso sobre "La Desigualdad de los Hombres", puede decirse que comienza "El Contrato Social". En efecto, el hombre ha perdido su estado de naturaleza y con él su felicidad. No es posible volver a ese estado de naturaleza; la sociedad es un hecho irrevocable. Pero si no es posible el regreso al estado de naturaleza, es posible, en cambio mejorar esa condición presente. Obsérvese siempre la estimativa, la apreciación ética, el juicio de valor. Dice Rousseau: "es necesario buscar una forma de asociación que defienda y proteja a cada asociado de la fuerza común en la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca más que a sí mismo". Esta forma ideal de asociación es el contrato social. Por este contrato todos los hombres han de hacer entrega al grupo, de sus derechos naturales y la sociedad se los devolverá en forma de derechos civiles. El gobierno de ese grupo ha de estar confiado a la voluntad general, en la formación de la cual participan todas las voluntades individuales, pero que es su resultante y por lo mismo no puede confundirse con ninguna de ellas en particular.

De esta manera, como la entrega es realizada por todos los individuos, los hombres siguen siendo iguales, y además, como es la voluntad general de ellos la que ha de gobernar y en esa voluntad general todos participan porque todos contribuyen a formarla con su voluntad individual que no se identifica con la voluntad general, todos los hombres siguen siendo libres. Este contrato social no es un hecho histórico. Rousseau no sostiene que haya acontecido, que un día los hombres se reunieran para celebrar ese pacto. Pero éste es un presupuesto lógico indispensable para explicar el Estado; sobre todo para conseguir el ideal de organización humana. Todo debe acontecer entre los hombres (debe ser; no ser; afirmación de valor ético, no de realidad histórica) como si el pacto se hubiera celebrado. La esencia del Estado deberá estar en esta asociación humana que permite a todos los asociados vincularse, pero seguir siendo libres e iguales.

Derecho, y si así fuera, esta afirmación sobre el origen estatal del Derecho significaría que habría que considerar que Estado y Derecho son cosas diferentes, porque si algo procede de algo, es porque, evidentemente, lo que es origen y lo que es producto son cosas distintas. Cuando se habla de esta igualmente duplicando un mismo y único objeto: el Derecho. Todo deriva para él de una falsa interpretación, de la idea de que el Derecho no puede subsistir sin el Estado; y esto, que traduce para él exclusivamente una relación lógica, se ha transformado en una relación genética diciendo que el Derecho procede del Estado, que el Estado es el creador del Derecho. Esto es lo que quiere significar su afirmación de la unidad entre Estado y Derecho que lleva a identificar estos dos términos eliminando el problema de establecer la relación entre ellos, y estableciendo además en lo que al caso nos interesa que el Estado tiene sustancia jurídica, y nada más que sustancia jurídica, es decir, que Estado y Derecho son una misma cosa. Dice Kelsen:

“Es sabido que la esfera existencial del Estado posee validez normativa, no eficacia causal. Esto quiere decir tanto como que su estudio pertenece a la ciencia normativa y no a la ciencia natural, que está regida por el principio de la causalidad. El Estado es por naturaleza un sistema de normas o la expresión para designar tal sistema, y sabido esto, se ha llegado al conocimiento de que el Estado como orden no puede ser más que la expresión del Orden Jurídico o la manifestación de su unidad. Si el Estado es un sistema normativo tiene que ser el orden jurídico positivo, pues es imposible admitir junto a él la existencia de otro orden cualquiera”.

Bolilla 3

ELEMENTOS DEL ESTADO

I

TERRITORIO

Es evidente que la posición adoptada con respecto a la naturaleza del Estado, comprende directamente la solución del problema de los elementos del Estado. ¿Qué se entiende por elementos? Una vez más, al comenzar el estudio de una cuestión de Derecho Público, es imprescindible fijar el concepto y hacer una advertencia con respecto a la terminología. Esta determinación está justificada por el hecho de que la misma expresión “elementos del Estado”, a la que se le da una significación particular en la concepción clásica, se le ha dado significaciones muy diferentes en concepciones modernas. El empleo de la expresión “elementos del Estado” por los dis-

tintos autores no traduce la misma idea; mientras para unos, siguiendo la corriente clásica, elementos del Estado son las partes integrantes del ser del Estado, lo que constituye la esencia del Estado; — Carré de Malberg habla así de elementos constitutivos del Estado—, para otros autores, no tiene esa misma significación.

La expresión es entonces, conservada por respeto a la tradición, pero sin que se asigne el mismo contenido. Hay que tener muy presente esta circunstancia, porque de lo contrario podría juzgarse que el empleo de la expresión elementos del Estado por los autores y por la doctrina, tiene para todos un único y solo sentido. Al tratar en particular, concretamente, de las diversas posiciones, tendremos oportunidad de señalar el sentido y alcance que se ha dado en cada caso a la expresión elementos del Estado.

No todos coinciden en hacer del territorio un elemento del Estado y aun los que hablan del territorio en ese sentido, no dan a la expresión, por lo ya dicho, el mismo significado y alcance.

→ Doctrina clásica. Jellinek - Carré.

Para la doctrina clásica, con Jellinek y Carré, el territorio es elemento del Estado, en cuanto es parte integrante del ser del Estado. La tierra sobre la que se encuentra establecido el grupo ético, es, desde el punto de vista jurídico para estos autores, el espacio sobre el que actúa el poder del Estado. El territorio forma parte de la persona del Estado, que es el titular del poder político. Una comunidad nacional, no podría constituir nunca un Estado, según Carré, mientras no poseyera una superficie de la corteza terrestre, sobre la cual pudiera afirmarse y ejercer su propio poder independiente de cualquier otro poder. El Estado, para él, en consecuencia, tiene necesidad del territorio, porque es una condición de su propio poder. La importancia del territorio, para la doctrina clásica se marca de una doble manera: primero, positivamente, en cuanto todas las personas que se encuentran en un determinado espacio de la corteza terrestre están sometidas a la dominación del Estado y negativamente en cuanto está prohibido a todo poder independiente del Estado sino es con la autorización del Estado.

El territorio, es por consiguiente, según esta corriente doctrinaria un elemento de la esencia del Estado. De aquí derivan algunas consecuencias fundamentales, de las cuales subrayamos dos:

- 1o) La exclusividad del territorio; el Estado para existir tiene necesidad de un espacio dado. Para que pudieran coexistir varios Estados sin que se encuentren en guerra permanente, en disputa constante sobre sus respectivos poderes, es preciso que sobre un solo territorio no se pueda desplegar más que el poder de un solo Estado. Hay sin embargo, algunas excepciones aparentes que el mismo Jellinek señala y se encarga de despejar.
En primer lugar, constituiría una excepción nada más que aparente, el

caso de condominio o co-imperio de dos o más Estados sobre un mismo territorio. La situación históricamente se ha presentado, pero Jellinek advierte que se trata de situaciones especiales que la Historia revela, tienen una inestabilidad potencial y están destinadas a desaparecer a corto plazo, y, además, estatales distintos sobre un mismo territorio sino de la actuación de un poder particular creado por la congresión de las voluntades de dos Estados sobre un mismo territorio. Vale decir, que no habría simultáneo ejercicio de los poderes independientes de dos Estados sobre un mismo territorio, sino el ejercicio de un solo poder étático, cuyo origen se encontraría en el acuerdo de voluntades de Estados independientes: un poder solo, originado en la suma de dos poderes.

En segundo lugar otra excepción aparente estaría dada por la Confederación de Estados. Allí ocurriría que un Estado de la Confederación está actuando su poder sobre el territorio de otros Estados, los Estados Confederados. Más en opinión de Jellinek, cuando así se juzga, se están olvidando que el Estado particular, está comprendido dentro de la Confederación, y por lo mismo, que no se trata del ejercicio de dos poderes estatales diferentes sobre un mismo territorio, sino de la actuación de dos poderes que están uno subordinado al otro, y por lo mismo que en un determinado instante, el prevalimiento del poder de la Confederación haría que, para ese momento deba considerarse que solamente está actuando el poder un Estado.

Otro ejemplo de excepción aparente es el de los actos de Derecho Internacional, por los que un Estado permite al otro el ejercer sobre su territorio determinado acto de soberanía. La excepción aquí es también puramente aparente, porque el ejercicio del poder de un Estado ajeno sobre el territorio de otro Estado, reclama consecuentemente del Estado sobre cuyo territorio ha de actuar el poder del Estado extraño su consentimiento. Entonces no puede hablarse de ejercicio de dos poderes étáticos distintos sobre un mismo territorio, sino únicamente de ejercicio de un poder étático, ya que el extraño sería un poder actuando de modo derivado, por el consentimiento de otro Estado.

Por último, cita Jellinek el caso de las ocupaciones militares en virtud de las cuales, puede ser sustraído, en todo o en parte, el territorio de un Estado al poder de ese Estado, para actuar sobre el poder de otro Estado. Observando bien las cosas no habría tampoco ejercicio de dos poderes estatales sobre un mismo territorio, porque la sustracción de todo, o parte de un territorio a la esfera de acción de un Estado ya implica que sobre el territorio solamente se va a hacer efectivo el poder político de un solo Estado: aquel que por circunstancias generalmente fácticas se ha apoderado del territorio que antes pertenecía a otro Estado.

-2o) La segunda consecuencia que deriva del hecho de considerar al territorio como un elemento del Estado es la afirmación de su unidad. El Estado es único e indivisible. El territorio, en cuanto parte de ese Estado, ha

de ser único e indivisible. De aquí deriva un corolario político, la existencia misma del Estado y no la posesión de una cosa que le pertenece es lo que se ve afectado por las lesiones inferidas al territorio. La violación del territorio de un Estado es la violación de la personalidad del Estado. Un autor alemán dice que la violación del territorio de un Imperio es la violación del Imperio y no de una cosa perteneciente al Imperio. Si se quiere establecer un paralelo de Derecho Penal, diríamos que una lesión al territorio del Estado debe ser juzgada según este criterio como una lesión corporal y no como un delito relativo a la propiedad. Es la esencia misma del Estado la que se ve afectada.

Del mismo modo debe observarse que el acrecentamiento del territorio de un Estado, el habitamiento de nuevas zonas del Estado, es un factor de engrandecimiento del Estado, en tanto que el territorio forma parte de su ser y todo crecimiento del territorio da por resultado el crecimiento del Estado. Por esta vía, los autores alemanes del siglo pasado, procuraban justificar las conquistas territoriales que aparecían como un hecho de engrandecimiento. Adviértase como una vez más las concepciones políticas están moviéndose detrás de las concepciones jurídicas.

Relaciones entre territorio y Estado.

Pero, ¿cuál es, para esta corriente doctrinaria, la relación existente entre el territorio y el Estado? No es un derecho de dominio, nunca es un derecho de "imperium". El territorio es un elemento del ser del Estado, y no de su haber, un elemento de su personalidad. Sin él no podría concebirse, en tanto que forma parte de su sustancia. Pero la relación existente entre Estado y territorio no es una relación de propiedad, no hay entre territorio y Estado la misma vinculación que hay entre una cosa y su dueño en el derecho privado. La dominación jurídica directa sobre una cosa, es lo que se llama la propiedad; la dominación sobre el territorio es diferente, es de "imperium". El "imperium" es el poder de mandar más que a hombres. Una cosa no puede estar sometida a "imperium" porque el poder público manda a los hombres, a obrar y las cosas no tienen voluntad para obrar. La relación entonces, entre el Estado y el territorio, se hará a través de los hombres. El Estado manda a los hombres, que estos obren de determinada manera sobre esa cosa que es el territorio, pero la relación se hace por la intermediación forzosa, imprescindible, de los hombres, y por lo tanto, no puede ser asimilada a la relación de propiedad común, porque aquella vincula directamente al hombre y la cosa, excluyendo siempre en concepto de Jellinek y los demás autores que se afilian a esta posición, la intermediación de los hombres.

De todo esto resulta la siguiente conclusión: no puede haber dominación territorial separada de la dominación sobre las personas. Pero, además que todos los actos de dominación que se ejercen sobre las personas y que se realizan en el interior de un Estado, tienen una base real que es el territorio, de donde fluye que la relación entre Estado y territorio es una relación

necesaria, y que el territorio se presenta como la base real del ejercicio del poder de mando sobre los hombres, o si se quiere más sintéticamente todavía, el territorio que está en relación de necesidad con el Estado es la base real del poder del "imperium". Todo acto de "imperium" no puede cumplirse sobre los hombres más que en un territorio determinado, en el territorio propio del Estado, o en un territorio ajeno al Estado que ejerce el "imperium", pero en el caso que así lo disponga el Derecho Internacional. La relación entre Estado y territorio, finalmente, no es una relación de derecho real, sino que es derecho personal, porque se ejerce a través de los hombres.

Kelsen: el Territorio como elemento jurídico del Estado.

Posición diferente es la de Kelsen. Este autor guarda la designación tradicional de elementos del Estado y habla del territorio como uno de esos elementos. Pero si mantiene la designación, ha cambiado la sustancia y ello debe tenerse en cuenta fundamentalmente, para evitar el error de extender las consecuencias naturales de la admisión del territorio como elemento del Estado a esta concepción de Kelsen.

Para Kelsen, conforme a la posición que con respecto a la naturaleza del Estado ha desarrollado, es preciso devolver el problema de los elementos del Estado al campo puramente jurídico, eliminando las referencias naturalistas en las que se empeñaba la doctrina clásica. En una palabra, es preciso reducir la cuestión de los elementos del Estado a relaciones de Derecho expurgándolo de todo contenido naturalista. Dice Kelsen que el Estado no es una cosa corpórea que ocupa un determinado lugar en el espacio. Ese es un grueso error de la doctrina dominante que siempre por ese afán de personificaciones, por el deseo de simplificar, ha concluido en esas hipótesis que es preciso desterrar de las ciencias jurídicas, que sólo deben tener en cuenta lo que tengan de esencia del Derecho.

Admitido que el Estado es un sistema de normas cuyo contenido esencial, ya que no exclusivo, es la conducta humana, se está admitiendo implícitamente que el espacio y el tiempo son contenidos de las normas. La norma según ya se ha visto, establece un enlace de un hecho con una consecuencia impuesta por el "deber ser"; con arreglo al sentido de las normas un hombre debe realizar en cierto lugar un determinado hecho como condición de que en un determinado lugar y en un cierto tiempo se realice otro, consecuencia del primero. La validez de las normas constitutivas del orden jurídico que es el Estado, es temporal y es espacial, en el sentido que tienen como contenido acontecimientos que suceden en el tiempo y en el espacio. A priori, la validez de la norma es limitada en ese doble aspecto temporal y espacial, se extienden a todo tiempo y a todo lugar, mientras que la misma norma no se imponga limitaciones. Puede circunscribirse a regir los hechos que deben ocurrir en un cierto espacio o en un cierto tiempo, únicamente.

La validez del ordenamiento jurídico, es decir la validez del Estado, puede

D. Internacional (Determina límites).

de entonces, estar limitada, circunscripta a un determinado espacio; solo así —dice Kelsen— es que se puede concebir la vigencia simultánea de varios ordenamientos jurídicos estatales. Una de las funciones específicas del Derecho Internacional es precisamente la de determinar los límites espaciales de esos distintos ordenamientos jurídicos estatales que están coexistiendo y están simultáneamente en vigencia.

El espacio, al que se circunscribe la validez del ordenamiento jurídico estatal, es precisamente lo que se llama territorio del Estado. Por ello es que define el territorio por ámbito espacial de validez de la norma jurídica. Entiéndase bien que se habla de validez del ordenamiento jurídico y no de eficacia del ordenamiento jurídico, porque solo es territorio el espacio en que deben realizarse las normas jurídicas —el deber ser es lo que da la validez— y no el espacio en que positivamente se realizan las normas jurídicas. Porque se trata de un problema normativo y no de un problema relativo a las ciencias naturales, lo que interesa es el “deber ser” y no el “ser” de las cosas. Un ejemplo permite aclarar este punto: que en un determinado lugar se realice un acto estatal no es razón suficiente para que ese sitio se considere territorio del Estado a que pertenece esa norma. Puede ser que ese acto sea un acto de hecho, que no se concilie con la norma que no está de acuerdo con el Derecho Internacional y entonces ese acto estatal, de hecho, no alcanza para convertir en territorio un lugar en que ha adquirido eficacia, pero no tiene validez. Esta diferencia que no es nada más que una manifestación de la diferencia que Kelsen ha postulado entre el mundo del “ser”, de lo real y el mundo de lo normativo, del “deber ser”, se aclara cuando se examina la relación que existe entre este concepto del territorio como ámbito de validez del orden jurídico estatal y el territorio que llama territorio en sentido estricto, o sea el territorio en sentido natural, el territorio de que habla la doctrina clásica.

En efecto, si el territorio es el ámbito espacial de validez de un orden jurídico estatal, no siempre dentro del territorio en sentido natural, en sentido estricto, el que está acorde con las fronteras, habrá una consecuencia total. ¿Por qué? Porque es perfectamente posible concebir que el orden, la validez espacial de las normas se realice fuera de ese territorio natural; así, la legación de un Estado en otro Estado, es, desde el punto de vista natural, territorio del Estado en la que está enclavada. Por las normas del Derecho Internacional Privado, es posible que un acto de la naturaleza contractual que ha de tener cumplimiento dentro de nuestro territorio en sentido natural, deba regirse por las normas jurídicas de otro Estado. Allí habría territorio de ese otro Estado, en el sentido kelseniano y sin embargo existiría, en el sentido natural nada más que territorio del Estado en el que la obligación va a ejecutarse.

Para Kelsen era perfectamente concebible que en un lugar donde se aplicaba un sistema jurídico, no hubiera territorio en el sentido en que acepta esta expresión, por cuanto allí sólo se daría un acto de poder y no habría un precepto jurídico actuando. Su noción de territorio no coincide con la no-

ción clásica que llamamos del territorio en sentido estricto. Es posible, en lo frecuente, que el ámbito espacial de validez de un orden jurídico se ejerza o actúe en ese territorio en sentido estricto, pero es posible que sobre la noción de territorio en sentido estricto se aplique un orden jurídico estatal que no le corresponde desde el punto de vista naturalista; porque no siempre dentro del territorio en sentido natural se aplica el mismo orden jurídico. Por tanto el ámbito espacial de validez del orden jurídico no coincide con el territorio en sentido natural estricto. Kelsen trata de demostrarlo.

Existen determinados casos en que el ordenamiento jurídico estatal no va a limitar su validez (no digo su eficacia) a lo que la doctrina clásica llama territorio en sentido estricto o natural. Así, existen determinados hechos que aún cuando se produzcan en otro territorio natural, interesan al ordenamiento jurídico estatal y por tanto a ellos extiende también su validez. La falsificación de moneda realizada en territorio extranjero, en el sentido estricto, natural, va a ser regida por el ordenamiento jurídico afectado, que no es precisamente el que corresponde al territorio en sentido estricto.

3
DIMENSIONES

Pero, si como insiste Kelsen, no hay coincidencia entre la noción clásica de territorio y la noción jurídica de territorio, es cierto si, que tanto un territorio como otro son tridimensionales. Una de las particularidades del concepto corriente de territorio es el haberlo considerado como una superficie, como un plano. Sin embargo, tanto el ámbito espacial de validez del orden jurídico como el espacio en que el Estado actúa su poder fáctico, de hecho, es decir, el territorio de la doctrina clásica y el territorio jurídico, poseen no una dimensión, sino tres. La validez del orden jurídico o la eficacia del poder del Estado se extiende no sólo en longitud y en latitud, sino también en altura y profundidad. En altura no hay límite porque entiende Kelsen que todavía las normas jurídicas internacionales no se lo han fijado. Hacia el centro de la tierra prácticamente tampoco hay límite.

La representación entonces, que correspondería dar del territorio en sentido natural, no es la de un plano sino la de un cono cuya base no podría fijarse todavía a que altura se hallaría. Conviene subrayar, porque a menudo se confunde, la opinión de Kelsen sobre este punto, que no adhiere en este caso a la noción de territorio naturalista, sino que acude a ella para señalar la diferencia grandísima que existe entre ese concepto naturalista del territorio y el concepto jurídico que él constituye.

Conviene subrayar así mismo, que para Kelsen, tanto la validez espacial del ordenamiento jurídico como la eficacia del Poder del Estado, son tridimensionales. Lo dice especialmente en su "teoría General del Estado" en el siguiente párrafo: "una de las particularidades del concepto corriente del territorio es considerarlo como un plano, como un sector de la superficie sobre el cual se ejerce el poder del Estado. Tanto el ámbito espacial de la validez del orden jurídico como el espacio en que el Estado ejerce su poder fáctico. La validez del orden jurídico, o si quiere, la eficacia del poder del Estado, se extiende no sólo en longitud y en latitud, sino también en altura y profundidad. Los territorios de los distintos Estados no son parte de la superficie te-

restre, sino conos cuyos vértices se encuentran en el punto central de la tierra. Pero es importante observar que dichos territorios no poseen límites hacia arriba por no existir preceptos positivos de Derecho Internacional que impongan esa limitación. No existe aún un espacio de aire análogo al de mar libre. Tampoco hacia abajo se ha fijado un límite prácticamente".

Relaciones entre Estado y Territorio.

¿Cuál es para Kelsen la relación entre el Estado y el territorio? Si el territorio no es otra cosa que el ámbito espacial de validez del orden jurídico o el límite de la validez del orden jurídico en el espacio, son sinónimos, tiene que desaparecer el problema de una relación jurídica entre el Estado y el territorio.

Kelsen dice: "tienen que desaparecer los pseudos problemas de la relación jurídica entre el Estado y el territorio". Y los califica así por cuanto para él, admitida esa noción del Estado que ya hemos visto, y la noción de territorio que tenemos que desarrollar, no tiene razón de ser el estudiar la posible vinculación entre el Estado y el territorio. Si el Estado era como vimos un sistema de normas jurídicas y el territorio es el ámbito espacial de validez del orden jurídico, es evidente que para Kelsen no tiene razón de ser el establecimiento de una relación entre Estado y territorio.

El error de la teoría clásica para Kelsen, está en que ha estudiado el territorio desde el punto de vista fáctico y geográfico y ha estudiado al Estado desde el punto de vista sociológico y naturalista. Le ha dado al Estado la misma esfera existencial que al hombre, al punto de considerarlo, en algunos casos como una persona o un superhombre. Y luego ha logrado establecer relaciones jurídicas entre territorio y Estado.

La teoría jurídica fundamental distinguió dos clases de relaciones jurídicas en su afán de encontrar las relaciones existentes entre territorio y Estado desde el punto de vista jurídico: relaciones jurídicas personales y reales. Las primeras implicaban una relación entre personas, de hombre a hombre. La segunda, es decir, las relaciones jurídicas reales establecían una relación de personas con cosas. La propiedad y el crédito serían respectivamente los dos ejemplos de esta forma de relaciones jurídicas. La propiedad como ejemplo típico de Derecho Real y el crédito como ejemplo también típico de relación jurídica personal. Según Kelsen no puede hablarse de tal relación jurídica de persona, con cosa. Cuando se habla del dominio de un hombre sobre una cosa, es siempre una relación de hombre. El hecho de que esto no se haya advertido da lugar a que en vez de establecerse las relaciones —entre un hombre y otro hombre u' hombres concretamente determinados, la relación se establece entre un hombre y todos los hombres que naturalmente no aparecen determinados concretamente. El derecho real es un derecho que también se tiene frente a los demás hombres y no un derecho que se tiene frente a una cosa, según la concepción de Planiol.

Esto resulta evidente según el autor vienés, toda vez que se investiga cuál

es la actitud que el titular de un derecho real puede adoptar y cuál es la actitud que todos los demás hombres están obligados a adoptar frente al sujeto de ese derecho real. El titular del derecho real puede exigir de los demás hombres el respeto de éste, su derecho, y los demás hombres están obligados por el ordenamiento jurídico a respetar ese derecho que se ha conferido a quien es titular. En el caso de la propiedad de un objeto ese derecho real demuestra que es derecho de hombre a hombres, porque lo que impone es una actitud negativa de omisión, de lesión por parte de los demás hombres. Estos no pueden quebrar los derechos de propiedad del que es titular, porque se verían sancionados porque esa acción lesiva se considera delictiva, y ello porque para estos existe una obligación genérica que comprende a todos los hombres y que les impone la necesidad de respetar el derecho de uno de ellos.

Por esto, dice Kelsen, no es posible sostener que la relación jurídica entre Estado y territorio sea una relación de derecho real, pero también hay que desechar la posibilidad de considerar esa relación como de derecho personal, no de "dominium" sino de "imperium". Esta última concepción, para Kelsen, tiene ventajas sobre la anterior en cuanto señala el elemento personal, pero en cambio es insostenible en cuanto transforma el territorio en un elemento subjetivo del Estado, en una parte del ser del Estado. Esto, dice Kelsen, sería una curiosidad doctrinaria sin consecuencias, si no fuera que las tiene y de la mayor entidad, ya que de la condición de elemento subjetivo del Estado que se da al territorio, resulta la necesidad de respetar su integridad y de considerar todo ataque a ella como un ataque al Estado mismo.

* * * * *

Negación del territorio como elemento del Estado.

Hemos aludido a dos autores desde puntos de vista absolutamente distintos. Vamos ahora a estudiar algunas corrientes que niegan que el territorio pueda ser considerado como elemento del Estado. En primer lugar vamos a hablar de Laband y de quienes siguen esta corriente. Se trata de autores que admiten la personalidad jurídica del Estado, pero que sostienen que la relación entre Estado y territorio es una relación de sujeto a objeto entendiendo que el poder que el Estado tiene sobre su objeto, territorio, es distinta aunque comparable con las que las personas de Derecho Privado tienen sobre los bienes que integran su patrimonio.

Los autores de Derecho Internacional hablan de una soberanía territorial para designar el derecho del Estado sobre su territorio. En esta concepción, pues, el territorio no es una parte del ser del Estado, no es un elemento constitutivo del Estado, al decir de Carré sino que es una parte del haber del Estado. ¿Cuál es entonces la relación de derecho que existe entre Estado y territorio? La naturaleza de este derecho no aparece en éstas doctrinas con una gran nitidez. En su mayoría se limitan a afirmar que ese derecho es un de-

recho real, pero comprendiendo que existe entre ese derecho del Estado sobre el territorio y el que tienen las personas en Derecho Privado sobre los objetos de su propiedad, marcada diferencia y señalan que ese derecho es real, pero Público. Es un derecho de soberanía.

Laband dice a este respecto que se debe reconocer que el Estado tiene sobre el territorio un derecho que es sustancialmente diferente del derecho de las personas sobre las cosas y el derecho del mismo Estado sobre sus súbditos. Pero cuando trata de explicar la esencia de ese derecho, se reduce a señalar que es un derecho real de Derecho Público, es decir, un derecho real en sentido análogo a los derechos reales de Derecho Privado, pero que tiene ciertas características especiales que lo apartan de esa categoría, y que no pudiendo expresarlas de otro modo lo hace asignándoles el título de derecho real de Derecho Público.

TERRITORIO COMO LIMITE DEL ESTADO, León Duguit.

Duguit expone su teoría al tratar de los elementos del Estado, pero como se verá, su contenido niega el título que sólo puede aceptarse por influjo de la tradición. Se ha visto que el hecho del Estado se traducía para este autor, en una diferenciación entre gobernantes y gobernados. Esa diferenciación tiene un medio de formación que es la nación y tiene un límite que es un cierto territorio. El territorio es, pues, el límite material de la acción efectiva de los gobernantes sobre los gobernados; es esto, y nada más que esto. No es por tanto un elemento indispensable a la formación del Estado, y con esto, decía, no es un elemento del Estado.

Se puede concebir, según Duguit, la existencia de una cierta diferenciación política dentro de una sociedad sin un territorio determinado. En tal hipótesis habría Estado, porque el Estado es el hecho de esa diferenciación política entre gobernantes y gobernados, y sin embargo, no habría territorio.

Claro que reconoce que en las sociedades modernas existe siempre un territorio, porque las sociedades modernas están fijadas sobre un territorio determinado, y hay permanentemente un límite material a la acción efectiva de los gobernantes.

El Derecho Internacional ha fijado las reglas para separar los territorios. En concreto, éste, aparece como la parte del globo sobre la cual los gobernantes pueden ejercer un poder coactivo, organizar y hacer funcionar los servicios públicos.

Todos los problemas de relaciones jurídicas entre el Estado y el territorio, para este autor, son el vano ejercicio de una sutil dialéctica; no tienen razón de ser. Los gobernantes son libres de regular por convención la medida en que ejercerán su poder fáctico sobre una zona determinada del globo, es decir, que son los gobernantes los que han de fijar por acuerdo con los otros gobernantes, cuáles es el límite material de su acción efectiva.

Con esto es evidente que Duguit combate la teoría clásica de Jellinek, en

cuanto ella pretendía que el territorio era un elemento indispensable del ser del Estado, y que además toda supresión de territorio o toda adicción de territorio representaba una transformación en menos o en más del propio ser del Estado. Acá simplemente se habría modificado el límite material de la acción efectiva de los gobernantes sobre los gobernados.

El territorio del Estado no es un elemento del Estado en el sentido de que no es una parte constitutiva del Estado, sino que es solamente un límite a la acción de los gobernantes sobre los gobernados.

II — POBLACION

Vamos a referirnos a lo que la doctrina llama nación, pueblo o población. La variedad de expresiones que hemos acogido ya revela que sobre el punto existe una considerable incertidumbre. No se está de acuerdo en la elección del vocablo, y tampoco se está de acuerdo con respecto al significado de esa expresión. Y si no hay acuerdo sobre esa materia, mucho menos se lo va a encontrar con respecto a determinar cuál es la posición que la nación, la población o el pueblo tienen en relación al Estado. Aquí, como en lo referente al territorio, la diversa manera como se entiende el problema de la existencia o inexistencia de elementos del Estado que deriva según vimos de la diferente manera de concebir la naturaleza del Estado influye de manera sustancial. A tal punto que un autor italiano *Vicellis*, ha dicho que este es un problema elementalísimo del Derecho, y que todos los autores coinciden en señalar que se trata de una de las zonas donde hay mayor confusión y donde no sólo el lenguaje vulgar, sino también el lenguaje técnico, se encuentra en situación más difícil para poder dar una respuesta satisfactoria.

Bigne de la Villeneuve, dice que cuando se habla de población como elemento del Estado, se plantea una verdad simple y evidente y un problema erizado de disputas. Esta expresión sirve para señalar cómo los autores confiesan la dificultad que el problema plantea, no obstante su afirmación de la evidencia de las verdades que allí pueden apuntarse.

Las expresiones, decíamos al comienzo, con respecto a este elemento del Estado, varían. Hay quienes hablan de pueblo, quienes de nación, quienes de población. Unos utilizan estos vocablos como sinónimos, otros le dan significación muy diferente y eligen algunos de ellos para considerarlo elemento del Estado. Pero ni siquiera existe unanimidad en cuanto a considerar ese elemento del Estado, cualquiera sea la designación que se le confiera y el contenido que se le asigne, como elemento del Estado, y aun ni siquiera los que le dan el carácter de elemento del Estado coinciden en dar a la expresión el mismo sentido.

Lo primero, pues que habrá que realizar cuando se va a estudiar este llamado elemento del Estado, es procurar fijar los conceptos que los distintos autores utilizan para estar en situación, más tarde, de dar a la expresión por ellos

empleada, su real significado, es decir, aquella que los propios autores le asignan. Luego veremos cuál es la relación que existe entre los llamados elementos del Estado, lo que nos servirá sin duda, para definir una situación en el problema.

Autores hay que distinguen la nación o población del Estado. Nación y Estado son para algunos especie del fenómeno sociedad, que es el concepto más amplio, pero Estado y Nación o Población no se identifican. Autores hay, en cambio, que llegan hasta identificar el concepto de Estado con el de Nación. Esto se advierte muy particularmente en la corriente fascista y aun en ciertas concepciones de los juristas nacional socialista.

Maraviglia, un autor italiano, es un libro sobre la nación, y el Estado dice que no existe ya el dualismo, la antítesis entre Estado y Nación que existía en el régimen liberal. Es absurdo según él, pensar la nación fuera y antes del Estado. Nación y Estado más que dos fenómenos paralelos son dos aspectos de un mismo fenómeno.

En posición parecida el profesor Del Vecchio ha hablado también de la tendencia de la Nación a devenir en Estado, y del Estado en consecuencia, como la forma, suprema que puede asumir la nación.

De lo expuesto se extrae como observación, la necesidad de estudiar, muy cuidadosamente el sentido que a la palabra asignan los autores. No puede ser nunca la misma la solución que se adopte si desde un punto de vista se llega a identificar Estado y Nación, o por lo menos a considerarlos como dos momentos de un mismo problema, y desde otro punto de vista a la inversa, se establece una clara y nítida diferenciación entre el Estado y la Nación. Pero si sobre ese punto, hecha esta advertencia, el exámen de la cuestión parece fácil, no lo es en cambio cuando se entra a definir esos términos que a menudo se manejan como sinónimos: nación y población.

Hay en efecto, quienes identifican la nación con el pueblo pero hay quienes colocan a la nación y al pueblo en dos planos conceptuales diferentes. Sólo que entre quienes participan de una opinión, según veremos, no existe tampoco acuerdo en lo que respecta a la atribución de los caracteres que a cada uno de esos conceptos corresponde, y menos aun en la formulación de los criterios diferenciales. Vamos en primer término a examinar la posición de quienes identifican pueblo y nación.

I) Autores que identifican pueblo y nación. Señalamos en este orden de ideas a los autores italianos Orlando, Palma y Raneletti.

Palma especialmente dice que, pueblo, es decir, pueblo ordenado y nación, son una misma cosa. El pueblo como multitud, no es tal, no es pueblo, sino plebe. Según Orlando y Raneletti, el pueblo es un concepto que abarca no sólo a todos los individuos que viven en un momento determinado en una comunidad, sino a todas las generaciones que se suceden en un determinado lugar. Veremos más tarde que esta identificación entre pueblo y nación ten-

tonces, los que integran el pueblo del Estado, y el pueblo mismo aparece constituido por sujetos de obligaciones pasivas; con esto, empero, no se ha dado la explicación de cual es la relación jurídica entre el elemento pueblo o población y el Estado. Es para explicar esa circunstancia que Jellinek acude al concepto de órgano.

Sin perjuicio de los desarrollos ulteriores que sobre este tema, —uno de los más vivos e interesantes del Derecho Público— vamos a realizar, señalaremos ahora que para Jellinek el órgano es el individuo o conjunto de individuos cuya voluntad es imputada por el orden jurídico como voluntad del grupo que ellos integran. Las colectividades y el Estado, para Jellinek, es sustancialmente una corporación territorial no tienen voluntad propia, porque sólo los hombres son titulares de voluntades porque sólo los hombres son capaces de manifestaciones volitivas. El querer de esos grupos, en consecuencia sólo puede ser expresado por hombres; por aquellos a quienes en determinadas condiciones, el ordenamiento jurídico atribuye el poder de querer por el Estado, por aquellos a quienes, cuando ocupan una determinada posición orgánica, el Derecho imputa su querer al grupo.

Para Jellinek, entonces, la relación que existe entre ese pueblo, o mejor entre una parte de ese pueblo, que es la nación (Jellinek distingue pueblo de nación), no es la relación de una persona de Derecho a otra persona de Derecho, como lo pretendía la doctrina clásica, sino que es una relación de tipo orgánico. La nación es un órgano del Estado, porque la nación expresa una voluntad que el ordenamiento jurídico imputa al Estado como si fuera voluntad del Estado mismo. Éste, para Jellinek, se advierte muy claramente en la forma de gobierno democrático, tanto en la forma de gobierno directo como en la de gobierno representativo. Pero, también se da en los Estados que están organizados conforme a un sistema de monarquía constitucional. Allí el pueblo es también un órgano del Estado, sólo que en ese caso la Nación aparece con facultades mucho más restringidas, se le da una intervención mucho menor y también mucho menos frecuente. La nación, entonces, estaría frente al Estado en relación puramente orgánica; sería el conjunto de individuos que expresan el querer del Estado.

Kelsen. Posición muy diferente, desde luego, es la que frente al problema mostrará Kelsen: Ya hemos indicado cual es el concepto que da Kelsen a la expresión elementos del Estado, significado que muy poco tiene que ver con el que atribuye a la misma expresión la escuela clásica. La coincidencia de nombres no implica siempre en Derecho Público que exista acuerdo fundamental sobre el concepto que esos nombres traducen.

Conforme a su método y a la unidad lógica de su sistema, entiende Kelsen al tratar este punto, que no obstante la tendencia general dirigida a considerar al Estado como célula en el Reino de la Naturaleza, su concepto, y el de uno de sus elementos, el pueblo, es un concepto puramente normativo. Lo mismo que cuando se habló de territorio, para Kelsen el pueblo no es otra cosa que un aspecto del problema de la validez del Ordenamiento Jurídico.

Mientras que la cuestión del territorio se refería al aspecto de la validez espacial del Orden Jurídico, la cuestión del pueblo se refiere a la validez personal del Orden Jurídico.

La unidad del pueblo no está dada por elementos naturales, no resulta de aquellos lazos nacionalizantes a que aludía la doctrina clásica, sino que elimina toda consideración sociológica o política, resulta tan sólo de la unidad del Ordenamiento Jurídico. Una pluralidad de hombres no constituye una unidad, sino es porque el Ordenamiento Jurídico está unificado. Se trata de una unidad normativa en el sentido de que no reúne propiamente hombres, sino acciones humanas.

La posición doctrinaria que dentro de la Teoría General del Estado acepta Kelsen para el pueblo no se refiere a las cualidades físicas o psíquicas que los hombres tengan. La cuestión del pueblo no es una cuestión de la etnología, dice Kelsen, sino un problema de la Teoría Jurídica. Si se considera, entonces, como ya se ha dicho, que el Estado es un orden normativo, el pueblo aparecerá como un conjunto de acciones y de omisiones humanas alcanzadas por ese ordenamiento normativo. El hombre forma parte del Estado, forma parte del pueblo del Estado, solamente en tanto que está sometido al dominio estatal, solamente en cuanto su conducta constituye el contenido de ese ordenamiento jurídico. Por esta razón no todos los hombres que se encuentran en el territorio de un Estado, entendiendo el territorio en su sentido estricto, es decir, de acuerdo con la doctrina clásica, según la opinión de Jellinek, forman parte del Estado. Se exceptúan todos aquellos frente a los cuales se limita la validez del Orden Jurídico Estatal, en virtud de derechos positivos o internacionales.

Hay un conjunto de hombres que no obstante estar situados dentro del territorio de un Estado, en sentido literal, no están regidos por el Ordenamiento Jurídico del Estado de ese territorio natural. Esos hombres no son integrantes del pueblo de ese Estado, en la acepción Kelseniana. En cambio, pertenecen al pueblo del Estado hombres que habitan fuera del territorio de ese Estado en sentido natural. Con arreglo a las normas de Derecho Internacional y aun a las normas positivas de Derecho Público Interno, los ciudadanos de un Estado suelen ser alcanzados por el Ordenamiento del Estado a que pertenecen aun cuando se encuentren fuera del territorio natural de ese Estado. Esos hombres que no están dentro del territorio del Estado en sentido estricto, pero que son alcanzados por el Ordenamiento Jurídico estatal, forman parte del pueblo del Estado en el sentido que Kelsen da a la expresión pueblo.

Por tanto, y resumiendo, el pueblo de un Estado no es otra cosa que la unidad de una pluralidad de hechos, de conductas humanas, que constituyen el contenido de las normas de Derecho. Unidad que a su vez ha sido creada, está determinada, por la unidad del Ordenamiento Jurídico. Pero si ese es el sentido que para Kelsen hay que dar a la expresión pueblo del Estado, el problema de las relaciones entre el pueblo del Estado y el Estado mismo, no es otra cosa que la cuestión de saber de qué manera puede ser la conducta

humana, contenido del Ordenamiento Jurídico. De este modo el problema se torna puramente jurídico. El tema será desarrollado en ocasión que exponga-
mos la posición de Kelsen frente a la Teoría de los Derechos Individuales.

① León Duguit. Posición muy diferente es, como no podía suceder de otra manera, la que asume Duguit frente a la Escuela Clásica. Según este autor —cuya concepción acerca de la Naturaleza del Estado como mero hecho que se traduce en la diferenciación entre gobernantes y gobernados que ya estudiamos— el primer elemento social que debe entrar en el estudio de los llamados elementos del Estado, es la colectividad. La colectividad histórica mente, y nos remitimos al estudio que hiciéramos en oportunidad de tratar el problema de la Naturaleza del Estado, ha pasado por tres fases principales: ②

③ La ciudad es un conjunto de familias, la nación es un conjunto de ciudades. Desde el punto de vista genético, por consiguiente, bastaría decir que la nación era un conjunto de familias. Desde el punto de vista histórico, la nación, en la forma más moderna que asume la colectividad, estaría explicada también con esa afirmación. Pero ninguna de las explicaciones alcanzan para descubrir la esencia de esta en el campo del Derecho Público. Rechaza, y rechaza con toda energía, la concepción de la nación como "substractum" de la personalidad jurídica del Estado, que es una concepción metafísica, y la idea de que la nación es un órgano del Estado, que es también para él una concepción metafísica.

Para Duguit la nación es una realidad que se ha constituido con la intervención de múltiples factores. Entre estos factores, no hay que dar la primacía a la comunidad de autoridad, de lengua, de religión, o de Derecho, sino a la comunidad de tradición, de necesidades y de aspiraciones. Por eso es que Duguit cree que se ha dicho muy bien que la nación está hecha más por los muertos que por los vivos. Es por influjo de la tradición que se ha ido constituyendo la nación. Tradición

Cree Duguit, con Renán, que la nación es una formación histórica. La Guerra de los Cien Años, dice él, es lo que ha contribuido a la formación de la nación francesa. Este recuerdo de las vicisitudes sufridas en aquel gran conflicto, es la que ha creado la nación francesa.

Pero la nación no es realmente ni sujeto ni objeto del Estado. No es ni elemento subjetivo ni elemento objetivo del Estado, como pretendía la doctrina clásica. La nación para él es exclusivamente el medio social en el que se realizará la diferencia entre gobernantes y gobernados. En pocas palabras, la nación no es un elemento constitutivo del Estado, no es una parte integrante del ser del Estado, sino que es el medio en el cual se produce el hecho del Estado. En tal sentido, más que elemento del Estado, es condición para que exista el Estado. ④

Sobre la nación se ejerce la acción de los gobernantes en tal sentido puede decirse que la nación es un límite al poder, es un límite al poder supremo de los gobernantes. Es el límite personal que tienen los gobernantes en el ⑤

NO ES UN ELEMENTO ESTADO SINO
MEDIO PARA PRODUCIR EL HECHO
ESTADO.

ejercicio del poder con que actúan sobre los gobernados. Pero, conviene señalar que Duguit, no obstante no establecer expresa y claramente una distinción entre nación y pueblo, ha aceptado, en puridad, una diferenciación, por cuanto afirma que la acción de los gobernantes no se ejerce siempre sobre una sola nación y también que la acción de los gobernantes no se ejerce sobre la nación. El poder de los gobernantes, como ocurrió en el caso de Austria, se ejerce a veces sobre más de una nación. ¿Qué quiere decir esto, si no que para el profesor de Burdeos la nación es cosa distinta del pueblo? Esto es, dando al vocablo pueblo la acepción de sujeto pasivo del poder de mando que los gobernantes tienen. ¿Qué otra cosa quiere decir que la acción de los gobernantes no se ejerce solamente sobre la nación? En efecto, cuando Duguit señala que los indígenas de las colonias francesas no son parte de la nación francesa, pero son sujetos pasivos de la acción de los gobernantes, distingue pues, a la nación del pueblo. Por eso un examen más profundo de la posición de Duguit debe llevarnos a concluir que para él la nación es el medio social en que modernamente se desarrolla y surge el hecho del Estado, pero que para Duguit además de ese concepto de nación en la teoría de los elementos del Estado, hay que considerar otro que a falta de palabra que traduzca más cabalmente su significado, llamamos pueblo, que es el conjunto de los gobernados, es decir, el conjunto de hombres sobre los que se ejerce el poder de los gobernantes. ≠ Nación

Negación de la Nación como elemento del Estado. Donati.

Nos vamos a referir a un grupo de autores que niegan que la nación puede ser considerada como un elemento del Estado. En primer lugar vamos a referirnos al autor italiano Donati. Para este autor la sustancia real del Estado (obsérvese que el problema de la naturaleza del Estado influye en la solución del problema de los elementos) está formada por el complejo de sus funcionarios en cuanto tales, es decir, por lo que comunmente se llama la organización estatal. De acuerdo con ese concepto el pueblo no puede formar parte de la sustancia de la persona estatal; es simplemente objeto sobre el que se ejerce el poder del Estado.

Según Donati, la demostración de la verdad de su tesis se alcanza si se observa que en las relaciones internacionales el pueblo a menudo es tratado como una cosa.

Ganeff. En segundo lugar vamos a referirnos a la posición de Ganeff. Según este autor la noción de pueblo, el pueblo mismo, está en una situación de correlación con el Estado, pero queda fuera de la esencia del Estado. El Estado está íntimamente ligado a una pluralidad de personas que incluso representan una unidad nacional, pero esa pluralidad de personas no es el Estado, ni un elemento del Estado. No es más que el exterior encuadramiento del Estado, la base material de él, pero no un elemento que forma parte de su ser.

El Estado no puede surgir, subsistir y desarrollarse sin la existencia de una pluralidad de hombres que constituyen la nación. Pero esa pluralidad de hombres, aunque indispensable para la vida del Estado, no es parte del Estado mismo por su esencia real, dice Gañeff: "de la misma manera que la luz y el aire son necesarios para la vida, pero no son la vida misma". Son condiciones de la vida; el pueblo a su juicio sería también una condición para la existencia del Estado, y nunca una parte de su sustancia. Si se ha presentado el problema de otra manera, es, dice el autor, por la tendencia que un ingenuo realismo tiene de materializar todos nuestros conceptos.

Salvatore de Guisa. Por último vamos a tratar a otro profesor italiano, Salvatore de Guisa. En su concepto, cuando se habla del pueblo como de un elemento constitutivo del Estado, esto no es verdad. Quiere demostrar que no lo es y para esto recurre a hechos que a su criterio comprueban su afirmación de modo terminante. Esos hechos serían dos principalmente: I) la participación de los componentes del pueblo en el gobierno del Estado no es general ni efectiva. II) Los integrantes del pueblo no forman un todo con el Estado, porque el Estado mantiene relaciones con los individuos que componen el pueblo y esas relaciones no serían concebibles si el pueblo del que forman parte los individuos fuera una sola y misma cosa con el Estado, ya que no es concebible tener relaciones consigo mismo.

El pueblo, para este autor, no es una parte constitutiva del Estado, sino únicamente la materia sobre la que se ejerce el Poder Estatal. A lo sumo se puede admitir que uno u otro obren y reaccionen mutuamente, que haya entre ellos una integración recíproca, pero nunca que el Estado se presente como el todo del cual el pueblo sería una parte.

III — PODER ETATICO

El Poder Etático ha sido presentado en la doctrina como uno de los llamados elementos del Estado. Este estudio adquiere una importancia excepcional por cuanto para muchos este poder del Estado es también sustancial del mismo y porque para un gran numero de autores, de entre todos los elementos del Estado este es el más característico y definido, el que da la nota típica de lo que es el Estado. La importancia que el asunto tiene no puede conducir a creer que el punto haya sido dilucidado en la doctrina de una manera firme e indiscutible, y mucho menos que exista acuerdo en cuanto a la consideración de este elemento. Se discute su naturaleza y se discute también su posición con respecto al Estado. Esto es, se discute cual es su sustancia y también si el llamado poder etático aparece vinculado en su desarrollo doctrinario y en su afirmación histórica con la noción de soberanía, que es una de las que ha planteado más dificultades a los autores, y también uno de los problemas esenciales en el Derecho Público, no sólo en el Derecho Constitucional, sino que también en el Derecho Internacional. No es admitido por