

Sesión 4 • Estado y Derecho

Vamos a iniciar el estudio del capítulo correspondiente al tema Estado y derecho. Naturalmente, para estudiar esta sesión se supo que tenemos un conocimiento previo de en qué consiste el Estado, conocimiento que ya tenemos a través de la primera parte introductoria de nuestro curso. Pero, además, se supone que también sabemos ya en qué consiste el otro objeto de la relación de este capítulo de estudio: el Derecho. (Sabemos que, en términos generales, la norma jurídica es una norma de conducta social, externa, que se impone por el Estado.)

1. Planteamiento del problema

No es posible hablar del Derecho sin hacer referencia al Estado. Precisamente el objeto de este capítulo de nuestro estudio será analizar la situación que corresponde a estos conceptos: el Estado y el Derecho. En nuestra parte introductoria siempre que hablamos del Estado nos hemos referido al orden jurídico. Vimos anteriormente que uno de los aspectos del Estado consiste en ser creador, definidor y sancionador del orden jurídico. Entonces ¿qué relación hay entre Estado y Derecho.

Éste es, el planteamiento del problema correspondiente a la materia de este capítulo. Para poder desarrollarlo hay que tener la noción del Derecho y la noción de aquello en lo que consiste el Estado, noción que hemos, adquirido en la parte introductoria de esta materia.

2. Primera noción acerca del Estado

Vimos que en relación con el Estado hay una primera noción que tiene todo hombre; concepción vulgar, que se obtiene por el hecho de que nosotros nos encontramos sumergidos en la realidad del Estado; nos damos cuenta de que formamos parte de la vida del Estado. Y esta primera noción, que nos proporciona nuestra vivencia, no es una noción clara, sino que nos da sólo un panorama difuso, una noción imprecisa de lo que corresponde al concepto claro del Estado.

3. Doctrinas en relación con el conocimiento del Estado

También cuando estudiarnos el desarrollo histórico de la Ciencia política, vimos que hay diversas posiciones para entender el Estado. Vimos que: hay un grupo de pensadores (como los sofistas y como Maquiavelo) que no procuraron penetrar en la esencia del Estado; trataron acerca del Estado, pero sólo lo hicieron buscando medios para obtener el poder político y para retenerlo y acrecentarlo; se preocuparon por dar los medios necesarios a determinados grupos, o a determinado grupo de hombres, o a determinado hombre (como el Príncipe, de Maquiavelo) para que se apoderaran del Estado y ejercieran su dominación en una forma efectiva.

También vimos las doctrinas de Platón, de Aristóteles, de San Agustín y, en general, de la Filosofía Escolástica de la Edad Media, que aunque estudiaron el problema del Estado en forma más completa que las doctrinas anteriormente citadas, aunque dieron de él unas nociones más completas, no obstante, no llegaron a expresar en forma sistemática una doctrina completa acerca de la naturaleza del Estado, aun cuando llegaron a formular principios en relación con la misma que, por ser verdaderos, permanecen inmovibles.

4. Posición que adoptamos

Existe también una doctrina moderna que trata de desentrañar la esencia misma del Estado y encontrar sus características fundamentales. Nosotros seguimos esta corriente y tratamos de encontrar la esencia del Estado.

Y lo vemos como un ser alojado en el orden de la cultura. Para algunas otras corrientes lo catalogan como un ser de la Naturaleza y otras (como la de Kelsen) sólo se ocupan de su aspecto jurídico. De esas doctrinas dijimos que no es posible asimilar el Estado a la materia inorgánica, pues no es un ser insensible; ni

tampoco es materia orgánica, ya que no es un ente biológico, como las plantas, como los animales o como el hombre.

Postulamos que el Estado es un ser real, un ente de cultura. Afirmaremos también la falsedad de las doctrinas idealistas, como la de Jellinek, que reduce al Estado a una mera fórmula mental. En efecto, el Estado



no es un símbolo, sino un ente que existe en la realidad y que lo podemos conocer en todos sus diversos aspectos, auxiliados por nuestra razón y por el método irracional o intuitivo. Dejamos así establecido el supuesto ontológico de nuestra materia: el Estado es un ente de la realidad y de la cultura. Estimamos que la misión de la Teoría del Estado consiste en elaborar una doctrina científica en relación con el mismo, considerando que la utilización de los

diversos métodos propuestos nos permitirá realizar ese propósito. Esos caminos del conocimiento ya nos han permitido formular una primera noción científica del Estado, que nos auxilia en nuestro conocimiento. Recordemos que hemos estimado al Estado como una sociedad humana asentada en el territorio que le corresponde, en la cual existe un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico para obtener el bien público temporal.

5. Relación entre Estado y Derecho

Con estas dos nociones (Estado y Derecho) podemos entrar al estudio de la relación entre Estado y Derecho.

Dijimos que al hablar del Estado nos referimos al orden jurídico, y viceversa. De ahí que exista la necesidad de contestar las siguientes interrogantes que plantea el profesor Luis Recaséns Siches:

- ¿Constituyen el Estado y el Derecho entes distintos pero relacionados de alguna manera esencial?
- ¿Tratase, por el contrario, meramente de dos palabras que designan una sola cosa, de suerte que en realidad coinciden plenamente?
- Si no son una misma cosa, ¿Cuáles son las relaciones entre ambos?
- ¿La Existencia del Estado implica la del Derecho o, por el contrario, es posible concebir la existencia del Estado sin el orden jurídico?
- ¿La existencia del Derecho implica la del Estado o, por el contrario es posible concebir la existencia del orden jurídico sin la del Estados?

Vamos a contestar estas preguntas como lo hacen las diversas doctrinas que tratan de resolver este problema, y que podemos clasificar en los siguientes grupos:

- Primero. Dentro de los grupos de doctrinas relacionadas con estas cuestiones, encontramos en primer lugar, el de las teorías que consideran al Estado como una mera realidad social, como un complejo de hechos sociológicos ajenos en todo al orden jurídico y como un "fenómeno de mando".
- Segundo. Existe además un grupo de teorías que sostienen que el Estado tiene dos facetas, dos aspectos, dos dimensiones: un aspecto jurídico y otro sociológico; pero no determinan cuál es la conexión entre estas dos caras, jurídica y sociológica. Se limitan a constatar la existencia de esa doble faz, pero no se refieren a la posible relación que exista entre esas dos dimensiones.
- Tercero. Encontramos en tercer término la doctrina de Kelsen, que afirma la estricta identidad entre Estado y Derecho, considerando al Estado como el orden jurídico vigente. Y aun afirma que Estado y Derecho son dos palabras con que se designa un solo objeto. Kelsen sólo toma en cuenta un aspecto del Estado, el jurídico, y lo eleva a una categoría absoluta.
- Cuarto. En cuarto término encontramos las doctrinas que consideran que en el Estado hay realidades sociológicas y aspectos jurídicos; pero estas teorías se diferencian de las del segundo grupo en que,

además de tener en cuenta que en el Estado hay esa doble calidad, esa doble faz, procuran determinar la relación que existe entre ambos aspectos, en tanto que las teorías del segundo grupo sólo constatan el hecho de que en el Estado coexisten esa doble faz o aspecto. Las teorías de este cuarto grupo van más allá y procuran explicar la relación que hay entre el aspecto sociológico y el aspecto jurídico.

Atendiendo a esta clasificación de las diversas teorías, vamos a examinar las respuestas que cada grupo de ellas da a las interrogaciones que antes planteamos acerca del Estado y del Derecho.

6. Teoría puramente sociológica del Estado

Las teorías puramente sociológicas del Estado afirman, en su primera parte, que el Estado es una realidad sociológica. Esta primera parte es aceptable; nosotros también lo afirmamos. Pero después incurren en error al considerar que el Estado sólo tiene ese aspecto sociológico y lo quieren definir como un complejo de hechos sociológicos, dejando completamente a un lado todo el aspecto jurídico.



Más aún, incurren en contradicción (aunque esta contradicción, de índole formal) cuando afirman que el Estado es un "fenómeno de mando". Aquí incurren en contradicción con su primera afirmación de que el Estado es sólo un complejo de hechos sociológicos, pues aunque en forma disfrazada, velada, hacen referencia al orden jurídico. Primero afirman que en el Estado sólo hay hechos sociológicos, y después, al constatar que encuentran en el Estado un "fenómeno de mando", desisten formalmente de su primera afirmación, pues atribuyen a ese "fenómeno de mando" las siguientes características:

- a. Es un mando supremo, según dice Wiese, "más fuerte que la fuerza de los débiles y más fuerte que los fuertes", que se impone a todos.
- b. Es un mando estable según una regulación objetiva externa. Es un mando que se objetiviza en una relación externa.
- c. Este mando tiene la pretensión de ser legítimo.
- d. Este mando se propone asegurar una convivencia duradera y ordenada entre los hombres y los grupos.
- e. Siempre se halla en el mando estatal una referencia a los principios de justicia; se realicen o no esos principios, el mando estatal tiene siempre una referencia a ellos.

Con la simple exposición de esta parte de las doctrinas en cuestión, en lo que se refiere a su análisis del "fenómeno de mando", que consideran como una de las características del Estado, vemos que dichas teorías se contradicen respecto de su afirmación de que el Estado sólo es un complejo de hechos sociales. Pero esta contradicción toma mayor relieve si analizamos cada una de las características que tales teorías atribuyen al "fenómeno de mando":

- a. En su primera proposición de considerar al mando como supremo, que se impone a todos, fuertes y débiles, vemos que se refieren a la imposición inexorable, característica de la norma jurídica. Sabemos que ésta es impuesta, que no se deja al arbitrio de los hombres el seguir sus postulados o no. Y entonces, siendo el rasando supremo una imposición inexorable, presenta una de las características de la norma jurídica: su imperatividad.
- b. La segunda característica que señalan esas doctrinas al "fenómeno de mando" se refiere también al orden jurídico, pues definen al mando estatal como un "mando estable según una regulación objetiva, externa", regulación objetiva que no puede ser otra sino la jurídica; esa regulación externa vemos que es la que se da en el orden jurídico. También el orden jurídico tiene una exterioridad, que es, precisamente, lo que distingue a la norma jurídica de otras normas de conducta, como la norma moral, que es interior. Y si el mando es externo, tiene la misma característica de la norma jurídica.

- c. Nos dicen, además, estas doctrinas, que el mando tiene la presión de ser legítimo, y sabemos que también la regulación jurídica tiene esa pretensión como característica.
- d. En cuarto término, nos dicen estas doctrinas que la finalidad del mando que se da dentro del Estado es "asegurar una convivencia duradera y ordenada de los hombres y de los grupos". Y sabemos que el orden jurídico también tiene por finalidad el asegurar tal convivencia. En la raíz del ordenamiento jurídico, como una de las finalidades que lo justifican, se encuentra la tendencia de asegurar la convivencia ordenada y duradera de los hombres cuya conducta toma de regular.
- e. Además, nos dicen estas doctrinas, en quinto lugar, que el mando que existe dentro del Estado tiene referencia a principios de justicia; que existe dentro del fenómeno de mando una referencia intencional a esos principios, se realicen o no. Pero vemos que también dentro del orden jurídico existe la referencia continua a la justicia, siendo la mayor Justificación del orden jurídico el tender a la realización de este valor.

La conclusión que sacamos de este análisis es lo inexacto de la afirmación que hacen estas doctrinas de que únicamente existe un aspecto sociológico dentro del Estado, pues vemos que las mismas doctrinas, al hacer su exposición sobre las características del "fenómeno de mando" que se da dentro del Estado, hacen referencia, aunque veladamente, a las notas características del orden jurídico. Vemos que al tratar de definir un hecho que consideran sustancial al Estado, el fenómeno de mando, se refieren al orden jurídico, y por lo tanto, no puede afirmarse que el Estado sea sólo un complejo de hechos sociológicos ni que no haya ninguna relación entre estos hechos sociológicos y el orden jurídico.

Existe indiscutiblemente en el Estado el ingrediente "orden jurídico". Esto lo sabemos nosotros, pues afirmamos que el Estado tiene una unidad pero además, es un ser de naturaleza compleja que presenta diversos aspectos y dentro de ellos existen ciertamente aquellos hechos que constituyen la exterioridad fenoménica del Estado que toman en cuenta estas doctrinas. Pero también existe el aspecto jurídico que no puede ignorarse en un conocimiento total de este ente de cultura que es el Estado.

7. Teoría de las dos facetas o de la doble cara del Estado

Como dice su enunciado, esta teoría considera que en el Estado existen dos aspectos, dos facetas: una faceta real fenoménica que exige ser conocida por el método sociológico (esta faceta es la que contempla la teoría puramente sociológica del Estado y la que consideramos nosotros como primer aspecto del Estado: realidad exterior fenoménica del mismo), y la otra faceta ideal, normativa, que ha de ser estudiada por la ciencia jurídica.

Entre los que sostienen este aspecto doble del Estado se encuentra Jellineh, que dice que el Estado es una realidad social, en la que se produce y se aplica el ordenamiento jurídico.

Estas doctrinas sólo constatan en el Estado la existencia de estas dos caras, jurídica y sociológica; pero no van más allá de esta enunciación. No indagan cuál es la conexión entre esas dos facetas del Estado. Simplemente hacen una serie de estudios sociológicos del Estado como realidad social y un conjunto de consideraciones jurídicas en relación con el segundo aspecto. Pero no buscan la conexión que pueda existir entre el aspecto jurídico y el aspecto sociológico del Estado, se limitan a estudiar ambas facetas aisladamente, siendo las características de cada una de ellas; pero sin tocar el puente de unión de dos aspectos del Estado.

Por tanto, podemos llamar trunca a esta doctrina: no falsa, porque efectivamente, ya hemos afirmado que en el Estado existen, entre otros aspectos, el sociológico y el jurídico. Pero sí podemos decir que esta doctrina es incompleta, puesto que no investiga cuál sea la relación existente entre los dos aspectos indicados del Estado.

La consecuencia de esta doctrina ha sido una de las causas, uno de los motivos de la doctrina de Kelsen, que llegó a negar la doble faz del Estado al identificar a éste con el orden jurídico. Y así llegamos a la tercera de las teorías que tratan de establecer la relación entre el Estado y el Derecho.

8. Teoría de la identidad ente Estado y derecho

Aunque existen pensadores que ya la habían enunciado, siquiera rudimentariamente, su expositor principal es Hans Kelsen, que dice que el Estado no es más que "el sistema del orden jurídico vigente".

Funda su afirmación en la observación de que las doctrinas puramente sociológicas del Estado, hacen siempre referencia implícita según hemos visto, al orden jurídico al tratar de explicar el fenómeno de mando que se da dentro de los hechos "puramente sociológicos", cuyo complejo forma el Estado. Dice Kelsen que precisamente lo jurídico es lo que viene a trazar las fronteras de la realidad estatal; que sólo a la luz del Derecho podemos delimitar lo estatal; que un hecho sólo puede considerarse como estatal cuando se hace referencia al orden jurídico, y por ello lo jurídico es lo que va a dar tono, lo que va a caracterizar a un hecho cualquiera como hecho estatal.

Entonces lo estatal se confunde con el fenómeno jurídico, puede que un .hecho sólo es estatal cuando tiene un ingrediente jurídico.



La consecuencia de esta doctrina es que el Estado se reduce a un sistema de normas, cristalizándose en el Derecho Positivo, ya que lo que los llamados hechos estatales tienen de estatales, es precisamente su inserción en las normas jurídicas. La consecuencia es que el Estado únicamente puede ser conocido, al tener únicamente un aspecto jurídico por el método jurídico y no por el método sociológico, pues un mismo objeto no puede ser conocido haciendo uso de métodos dispares. El método jurídico es para conocer normas jurídicas, o sea, la realidad normativa del Estado; en tanto que con el método sociológico sólo podremos conocer hechos sociológicos, que no tienen ingrediente jurídica y que, por tanto, no son estatales.

Dice Kelsen que el objeto que conocemos por medio del método jurídico se encuentra en el mundo del deber ser, mientras que el objeto que conocemos mediante el método sociológico se encuentra en el mundo del ser, ya que los hechos sociológicos pertenecen al mundo del ser.

Con esta afirmación nos percatamos, una vez más, de la posición kantiana de Kelsen, pues dice que un método de conocimiento determinado produce también un objeto determinado de conocimiento, y que un distinto método nos lleva a un objeto de conocimiento distinto. Así, el método jurídico y el sociológico nos llevan a distintos objetos de conocimiento. Por eso concluye que el Estado, que no es más que el orden jurídico vigente, sólo puede ser conocido por el método jurídico y no por métodos diferentes a su naturaleza como es el sociológico.

9. Esbozo de la teoría kantiana del conocimiento

Como la comprensión de la doctrina kantiana del conocimiento es muy importante, debido a que Kelsen cuya teoría hemos esbozado y además de él, gran número de pensadores contemporáneos se han afiliado a ella, vamos a hacer una breve exposición de la misma. Para Kant, conocimiento no es una recepción pasiva de nuestra mente, sino una operación activa del sujeto sobre los datos que le llegan del exterior a través de los sentidos. Dice Kant que el conocimiento tiene dos ingredientes:

- a. La forma, que es un elemento activo puesto por el sujeto, consistente en los criterios y formas mentales de espacio y tiempo y en las llamadas categorías, y
- b. La materia, constituida por los datos sensibles que se presente a nuestro conocimiento, a través de los sentidos, en forma confusa y desordenada, y entonces el sujeto cognoscente ordena esa avalancha de datos sensibles por medio de las formas mentales de espacio y tiempo y de las categorías de causa y efecto.

Una vez que ha sido hecho este ordenamiento, surgen los fenómenos u objetos de la experiencia propiamente dichos. Estos objetos son el resultado, el producto de la ordenación de los datos sensibles según nuestra estructura mental cognoscitiva, y, en consecuencia, al ser moldeados por esta estructura mental



nuestra, siguen en su orden una estructura pareja a la de las formas del conocimiento que los produjo. Por eso el sujeto cognoscente crea al objeto del conocimiento. Dicen los ancianos que lo crea de la nada, sino que lo torna de la ordenación de los datos sensibles, que se nos presentan a través de los sentidos en forma desordenada y confusa, y entonces las formas mentales y las categorías ordenan y conforman los datos de la realidad produciendo así los objetos de conocimiento. Así, el sujeto, por medio de las categorías que ellos llaman, a priori, del conocimiento, crea el objeto, de esta manera el objeto es el resultado del conocimiento. Ésta es la teoría general del conocimiento para Kant, que aunque parte de la realidad no llega a conocerla íntegramente pues se queda en la apariencia de la misma, sin penetrar en su esencia. Para Kant el conocimiento es el resultado de la actividad cognoscitiva del sujeto lo que le da esa forma idealista y subjetiva especial, no se conoce ley cosa en sí, sino en mí.

10. La exposición de la teoría de Hans Kelsen

Kelsen deriva su sistema de ciencia política de esta teoría del conocimiento de Kant, por lo que afirma que el Estado no es sino el sistema de derecho vigente, puesto que sólo a esto podemos llegar en virtud de nuestra especial actitud cognoscitiva que utiliza el método jurídico para conocer un objeto jurídico que es el Estado, en esta forma sólo se conoce el sistema jurídico positivo. Y dice que este sistema de derecho vigente, cuando se personifica se llama Estado.

Kelsen llama personalidad jurídica del Estado a una síntesis del conjunto de normas que regulan la conducta de los hombres. Dice que cuando esa síntesis abarca parte del orden jurídico surge una personalidad jurídica parcial, como la de las asociaciones o sociedades mercantiles, etc. Pero que cuando abarca la totalidad del orden jurídico, surge la personalidad del Estado. Entonces, para Kelsen, el Estado es la personificación metafórica del orden jurídico positivo.

Se objeta a Kelsen diciendo que en el Estado hay un poder efectivo que se manifiesta en diversos hechos, como las cárceles, o el ejército. Kelsen contesta la objeción diciendo que esas cosas en sí mismas : sólo tienen una realidad que las hace pertenecer al reino de la Naturaleza, simplemente (ya que la cárcel no es sino materia y el ejército un conjunto de hombres, en sí mismos considerados), y que como tales seres de la Naturaleza, tienen leyes propias; pero que esas cosas, que en sí mismas sólo pertenecen al reino de la Naturaleza, adquieren una significación especial cuando las contemplamos a través del orden jurídico, siendo entonces cuando nos aparecen como estatales; sólo cuando relacionamos estas cosas con el orden jurídico adquieren una significación estatal: la cárcel, como fuerza represiva del Estado; el ejército, como fuerza de que se vale el Estado para sostener su soberanía, etc.



Dice Kelsen que el poder del Estado se traduce en una fuerza psicológica suscitada por la representación de las normas jurídicas. La norma jurídica, en sí misma considerada, en forma aislada, es una entidad ideal; pero cuando existe una situación determinada en que algún hombre deba aplicarla, nace en ese momento la idea normativa de la misma, que impone a ese hombre el que tenga que seguir las reglas que ella misma fija. El juez, por ejemplo, tiene en su mente como fuerza psicológica la imposición de la norma que trata de aplicar. El acatamiento de un soldado a la orden de un superior, nace de la idea que le impone la norma de obedecer a sus superiores.

Kelsen considera a la personificación del Estado como un mero auxiliar del conocimiento para entenderlo.

Pero su afirmación fundamental es que tanto el Estado como el Derecho sólo son dos palabras para designar un mismo ser. Es decir, que su relación es la identidad.

Se dice que el Estado es el soporte, el creador del Derecho. Kelsen dice que para que exista norma jurídica es preciso que haya una instancia de imposición imperativa de la misma. Pero que esta conexión es una relación lógica sustancial que existe dentro de la misma norma. No es una relación genética. No es que el Estado la imponga, sino que existe dentro de la misma norma lo que la hace de imposición inexorable. Kelsen dice que esta relación lógica se ha querido transformar en algo genético, pero que no lo es, sino que tal conexión entraña una relación lógica indisoluble, no una relación entre dos normas distintas; la norma de conducta no puede descomponerse en norma y órgano sancionador.

Kelsen afirma que el Estado no -puede ser concebido sin el Derecho, porque el Derecho positivo no puede ser pensado aparte del Estado, ya que son una misma cosa.

11. Aplicación de la doctrina de Kelsen a la problemática de la teoría del Estado

La conclusión de esta doctrina es tratar de explicar todos los problemas propios de la realidad estatal como jurídicos; no estudia problemas sociológicos y deja también aparte toda disquisición de política, de justicia, de conveniencia de determinadas instituciones, pues considera que corresponde a la Ética y a la Política estudiar estos aspectos. Para Kelsen todos los temas en torno del Estado son temas que se refieren a la validez y vigencia del orden jurídico positivo. Así, dice que el territorio es la esfera espacial de validez del orden jurídico positivo; que la población es la esfera personal de validez del mismo orden jurídico positivo; que la soberanía es la cualidad del orden jurídico de ser supremo y total; que los orígenes del Estado no son sino los de la producción del Derecho. Y finalmente afirma que este orden jurídico también puede denominarse voluntad del Estado.

12. Crítica de la teoría de Kelsen, que establece la identidad entre Estado y derecho

La doctrina de Kelsen es inadmisibile para ser falsa, pero presenta utilidad en su parte crítica de las doctrinas que examinamos anteriormente: la puramente sociológica del Estado y las dos facetas, que no las relaciona entre sí.

Entonces, esta doctrina de Kelsen se plantea la necesidad de revisar la problemática y analizar los temas profundamente.

Kelsen toma al Estado como un ente jurídico, descartando los temas sociológicos (pueblo, raza, etc.), porque dice que son temas metajurídicos y que también lo son los problemas de valoración jurídica. Y así quedan fuera de su estudio las disquisiciones sobre los fines del orden jurídico, porque, o se han transformado en Derecho positivo y entonces forman parte del Estado en cuanto forman parte del Derecho, o no se han transformado en Derecho positivo y entonces quedan fuera del Estado.

En la crítica de Kelsen vamos a seguir a Recaséns Siches. Este autor hace a Kelsen una primera objeción diciendo: hay una serie de hechos sociales que aún no son Derecho positivo, como la opinión pública, pero que llevan a su cristalización. La opinión pública en sí misma no es Derecho; pero su función es llegar a cristalizar en normas jurídicas, lo que sucede en multitud de ocasiones. Este hecho social en particular, la opinión pública, para Kelsen es algo metajurídico, porque no es Derecho; pero no obstante se acerca a él, llevada su producción



y se realiza dentro del Estado y en relación con el Derecho. Y es ilógico que este hecho que lleva a la producción del Derecho no se tome en cuenta por la Filosofía del Derecho y concretamente por la Teoría del Estado. Además de la opinión pública existen multitud de fenómenos sociales que llevan necesariamente a la deducción del orden jurídico como fuentes materiales del mismo, como conducta humana que necesita ser ordenada jurídicamente, formando entonces parte indiscutible de la realidad estatal.

Esta es la primera objeción: la existencia de una realidad estatal como hecho social que crea, formula, circunscribe y da vida al Derecho, y que sin embargo no forma parte del Derecho positivo misma.

De lo expuesto vemos que el Estado no coincide con el orden jurídico vigente; que hay algo más que el Derecho dentro de la realidad estatal; algo que rebasa las fronteras del orden jurídico y que sin embargo, forma parte del Estado.

Pero, desde luego, el mismo Recaséns afirma que tomando en cuenta solamente el aspecto jurídico, para el Derecho no hay más Estado que aquel que está considerado en sus propias normas; que el Estado sólo existe en tanto y como se expresa en el ordenamiento jurídico. La esencia del Estado coincide con el aspecto jurídico del mismo. Pero esta afirmación la hace tomando sólo en cuenta el aspecto jurídico del Estado, descartando el aspecto sociológico; es de sólo desde el punto de vista jurídico no cabe distinción alguna entre Estado y Derecho.

De esta afirmación concluimos: la legislación como orden ordenador es el Estado; como orden ordenado es el Derecho. El Derecho es el Estado como actividad normada. Pero hacemos hincapié en que este punto de vista es parcial, tomando sólo en cuenta la parte jurídica del Estado. En consecuencia, esta afirmación no implica que lo estatal se agote en lo jurídico.

Así rebasamos la doctrina de Kelsen. Por otra parte, sabemos que el Estado también implica la valoración de un criterio jurídico; creemos que es posible analizar el Derecho positivo a la luz de los valores en general, y particularmente de la justicia. Que en el Estado existe todo Derecho positivo, que abarca todo el Derecho, no únicamente la ley, sino también el que surge de los contratos, de la costumbre, etcétera. Pero estimamos que al Estado es posible considerarlo desde otros puntos de vista aparte del jurídico. Hay que tener en cuenta que en el Estado hay hechos sociales; una actividad incesante que lleva a la integración del orden jurídico.

De esta consideración de la existencia de esa realidad nace también la segunda objeción a la Teoría kelseniana:

La separación que Kelsen pretende entre el mundo normativo y el del ser, falla en la base del sistema. Si la norma no es cumplida, general y ordinariamente, no puede considerarse como positivamente vigente. Esto lo reconoce el mismo Kelsen al decir que para admitir la vigencia de un orden jurídico positivo se requiere "un mínimo de facticidad", es decir, de efectividad; se requiere que la conducta de los hombres se identifique con el Derecho. Pero Kelsen no concluye (lógicamente no podía hacerlo, porque ello hubiera sido reconocer la falsedad de su teoría) de esta afirmación, la consecuencia de que el sistema jurídico se apoya, en su primera base, sobre una realidad humana (hecho sociológico), que con su conducta viene a dar facticidad o efectividad a ese orden jurídico.

En efecto, una norma jurídica considerada en divorcio con la realidad social, sería una norma sin contenido, una norma vacía. Precisamente la característica del Derecho positivo es que se da aquí y ahora, teniendo como base una cierta realidad social. Luego queda probado que en el Estado hay algo más que lo jurídico: esa realidad social.

Afirmamos, pues, rotundamente, que todo el sistema, jurídico queda condicionado por una base sociológica. El Estado como sistema de hecho vigente, está basado, mantenido y condicionado por un conjunto de fenómenos sociales.

Para que quede más clara todavía esta crítica a Kelsen vamos a tomar una afirmación del mismo en que



contradice su doctrina. Dice él: "El Estado no son los hombres que vemos y tocamos, sino únicamente un sistema de normas que tiene por contenido una conducta humana". "Pero

esa conducta humana no es otra sino la realidad sociológica del Estado" reconocida por Kelsen.

Esa realidad del Estado no sólo la hallamos como la base fundadora y condicionante del sistema normativo, sino que actúa dinámicamente en el mantenimiento y desarrollo del Derecho en todos sus grados.

El Derecho no permanece estático, sino que se va adaptando a las realidades sociales, para cuya regulación ha sido creado.

Maneras por las cuales va realizándose esta adaptación son: en el Derecho administrativo, las facultades discrecionales; en el Derecho procesal, el arbitrio judicial. Tanto las facultades discrecionales del Derecho administrativo como el arbitrio judicial del Derecho procesal, son creadoras de normas: las, primeras se traducen en la facultad reglamentaria. Y vemos, que desde luego, estas facultades no pueden explicarse en un sistema de Derecho puro.

El legislador dicta una ley, que es la fuente-formal fundamental del orden jurídico, en un sentido y no en otro, porque toma en cuenta esas realidades sociales. Por debajo del Estado, en sentido puramente jurídico o kelseniano, existe una realidad social que la produce inicialmente, que lo elabora, que después lo va condicionando, manteniendo, vitalizando, y finalmente lo va desarrollando, adaptando ese orden jurídico a las cambiantes realidades sociológicas que ha de regular. Recaséns dice que el Derecho aparece como una especie de precipitado normativo de esa realidad social.

Pero no todos los hechos sociales tienen un sentido estatal, sino sólo aquellos cuyo sentido intencional se refiere a lo jurídico.

Recaséns concluye afirmando que aunque la realidad estatal y el ordenamiento jurídico no son idénticos, se implican mutuamente, de un modo esencial y necesario. LO que quiere decir que no puede pensarse en el Estado sin el Derecho, y viceversa. En consecuencia, al existir en el Estado de manera necesaria el orden jurídico, ésta es una de 1 as notas esenciales de su concepto, pero en el Estado hay algo más que derecho, no puede resolverse la relación entre Estado y Derecho a través de la identificación de los mismos, sino estimando al Derecho como una de las partes esenciales del Estado.

13. Conclusiones

Ya estamos en posición de poder formar, una serie de conclusiones de todo lo expuesto:

- a. **Primera.** El Estado es un ente complejo que presenta diversos aspectos.
- b. **Segunda.** Entre esos aspectos se encuentra un conjunto de hombres produciendo, creando y definiendo un orden jurídico.
- c. **Tercera.** En consecuencia, Estado y Derecho se encuentran en una relación de todo a parte. El Derecho es una de las partes sustanciales del Estado, porque no se concibe a éste sin el Derecho, ni al Derecho como realidad positiva separándolo del Estado.
- d. **Cuarta.** Siguiendo al maestro Manuel Pedroso, afirmamos que, como mera operación mental, sí podemos concebir al Estado y al Derecho aisladamente; pero como simples conceptos, pues en la realidad existencial son paralelos. Por tanto:
 - Es falsa la Teoría puramente sociológica del Estado, porque niega el aspecto jurídico, que sabemos es parte sustancial de la realidad estatal.
 - Es incompleta la Teoría de la doble faz del Estado, porque no explica la articulación entre Estado y Derecho.
 - Es falsa la Teoría de identificación del Estado y el Derecho, porque si bien es cierto que el aspecto jurídico es parte sustancial del Estado, también es cierto que no agota la realidad estatal; antes bien, presupone la realidad sociológica que produce, condiciona y vivifica al orden jurídico dándole el "mínimo de facticidad" (efectividad) a que Kelsen se refiere.
- e. **Quinta.** La relación entre Derecho y Estado es la de una parte sustancial de un ente con. la totalidad del, mismo.
- f. **Sexta.** El papel del Derecho es encauzar al Estado en sus funciones dentro de un sistema normativo. En otros términos, el Derecho limita al Estado, por cuanto regula las instituciones de éste y el funcionamiento de las mismas. (Esto viene a constituir una autolimitación del Estado, pues ya sabemos que el Estado crea al Derecho; que el Derecho es el Estado como actividad normada, es decir, orden ordenado, en tanto que el Estado es el orden ordenador.)

Con esto concluimos el tema del Estado y Derecho. Pero, a mayor abundamiento, vamos a hacer unos sencillos esquemas, tomados de los apuntes inéditos de Teoría del Estado, del citado profesor Pedroso, que nos ayudan a la comprensión. Representamos al Estado con una "E" en medio de un paréntesis y al Derecho con una "D" en medio de otro:

- (D) ¿Cómo ligarlos? ¿Qué relación existe entre ellos? Tomándolos en forma aislada, no existe uno sin el otro: el Derecho sin el Estado no es nada; el Estado sin el Derecho tampoco es nada. El Estado sin el Derecho es un simple fenómeno de fuerza.
- (E) Sin un simple (D) fenómeno de fuerza.
- La proposición contraria, el Derecho sin el Estado, es una mera idealidad normativa, una norma sin efectividad. Sin una mera idealidad normativa, norma sin efectividad.

La teoría de kelsen Estado igual a Derecho, da como resultante la confusión de una parte sustancial (el Derecho) con el todo (el Estado).

- (E) = (D) Confusión de una parte sustancial (el Derecho) con el todo (el Estado).
- La posición correcta es la siguiente: Estado con Derecho que equivale al "Estado de Derecho" moderno.
- (E) con (D) = "Estado de Derecho" moderno.