

ESTADO DE DERECHO Y DERECHO DEL ESTADO*

Hans Kelsen

En su famoso discurso de rectorado sobre el significado de la Recepción del Derecho Romano para el Derecho del Estado alemán,¹ Laband² destruyó la muy difundida opinión consistente en que en la recepción del *Corpus Juris*, el suceso más raro de todos los tiempos, el pueblo cambió su propio Derecho surgido de lo más profundo del interior de su espíritu, por unas leyes creadas por un pueblo esencialmente enemigo, sólo valía por lo que hace al Derecho privado de la Codificación de Justiniano.³ Él demostró que no fue el Derecho privado alemán el que a causa de sus insuficiencias requería una disolución; es más, ¡Mediante la recepción del Derecho romano, el estado del Derecho privado empeoró en muchos

* Traducción de Victor Manuel Rojas Amandi. Este artículo apareció en la revista *Österreichische Rundschau*, 36 (1913), pp. 88-94.

¹ LABAND, Paul, “Discurso sobre el significado de la Recepción del Derecho Romano para el Derecho del estado alemán”, en *Cambio de Rector de la Kaiser-Wilhelms-Universität de Strassburg, el 1 de mayo de 1880*, Estrasburgo, 1880, pp. 24-57.

² Paul Laband (1838-1918) fue el más importante autor de Teoría del Estado de la época imperial y el más importante exponente del positivismo de la Teoría del Estado. Fue desde 1861 docente –*Privatdozent*– en Heidelberg, en 1864 en Königsberg y desde 1866 profesor. En 1872 se mudó a la Universidad de Estrasburgo. Fue cofundador de las revistas *Archiv für öffentliches Recht* –Archivo de Derecho Público– (1886), *Deutsche Juristenzeitung* –Periódico Jurídico Alemán– (1896) y del *Jahrbuch für öffentliches Recht* –Anuario de Derecho Público– (1907). Sus obras más importantes: *über den Verfasser und die Handschriften-Genealogie des Schwabenspiegels* (Sobre los creadores y la genealogía de las revistas del espejo suavo), Berlín, 1861; *Das Staatsrecht des deutschen Reichs* (El Derecho del Estado del Imperio Alemán) en tres tomos, Tubinga, 1876-1880; *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung* (Los cambios de la Constitución del Imperio alemán), Dresden, 1895; *Handbuch der Politik* (Manual de Política), Berlín y Leipzig, 1912-1914.

³ El emperador romano Flavius Justinianus (alrededor de 483-565) mandó publicar entre 529-528 el *Corpus Juris Civile*, una colección de textos jurídicos, que consta de 4 partes: Instituciones, Pandectas o Digesta, Codex constituciones y Novelas. Esa colección fue el fundamento de la recepción del Derecho romano.

aspectos! El Derecho del Estado romano –el llamado Derecho del Estado romano– tal y como se hizo expresar en el *Corpus Juris* perdió vigor, el emperador alemán, así como los príncipes y sus funcionarios –y por éstos y no por el pueblo alemán se efectuó la *recepción*– ofrecieron los más fuertes incentivos para la recepción del Derecho romano. Un motivo político que ha sido mencionado y que condujo a la *recepción*: el deseo de los emperadores alemanes y de los príncipes alemanes según aquella posición de lo que el *princeps*⁴ romano había recibido: ¡*Legibussolutus*! En el objetivo de lo artificial en contra de la voluntad del pueblo alemán que puso en marcha el movimiento de la *recepción* estuvo el absolutismo de Estado. El poder del Estado que hasta entonces que se encontraba determinado por “costumbres, privilegios y derechos adquiridos de ciudades y campos”,⁵ esto es, mediante un orden jurídico que tiene que ser aplicado con base en límites jurídicos y que aspira a estas estrechas fronteras jurídicas. “Más autoridad del poder autoritario, más poder de hecho del Estado es la exigencia fundamental”.⁶ Los empleados, los funcionarios pagados por el príncipe que aplican el poder del Estado deben administrar, no según las prescripciones de un orden jurídico, sino sólo mediante las instrucciones del príncipe. El príncipe –y con el todo el aparato de la administración de sus funcionarios y el poder del Estado en el príncipe, el Estado mismo– debe quedar fuera del sistema jurídico, según el esquema romano debe ser *legibussolutus*.

No es una simple imprecisión de la terminología, es un encubrimiento del concepto del Derecho y de la idea del Derecho, cuando se ve en este éxito del *Corpus Juris* a la *recepción* de un Derecho del Estado romano y se piensa que en el lugar del Derecho alemán –total o parcialmente– entra el Derecho del Estado romano. En verdad ha entrado en el lugar del Derecho del Estado alemán, en lugar de las normas jurídicas mediante las que el Estado alemán como tal quedaba obligado, en el lugar del Derecho del Estado real, sólo aquella situación que fue característica para el poder del Estado romano o que fue sostenida por los príncipes beneficiados por la *recepción*: la libertad de todo Derecho, la negación del Derecho del Estado. En tanto que valía el principio según el cual el *princeps*, que era representante del Estado y con el príncipe idéntico al poder del Estado *legibussolutus*, él mismo se encontraba fuera del orden jurídico; en efecto, no hubo ni un Derecho del

⁴ Del latín *princeps*; guía, titular del poder, título de emperador romano.

⁵ LABAND, nota 1, p. 42.

⁶ *Ibidem*, p. 40.

Estado romano ni uno del Estado alemán, porque ni el Estado romano ni el Estado alemán tuvieron un Estado de Derecho.

Laband, que no llegó a esta conclusión, sino que más bien habló de la *re-cepcción* de un Derecho del Estado romano, sin entender el engaño y la falta de contenido de este concepto jurídico, testificó él mismo la falta de juridicidad, la ajuridicidad de este “Derecho del Estado” cuando él sostuvo: “el Estado nuevo que se desarrolla rápidamente no había tenido verdad histórica alguna mediante la ley o la costumbre del Derecho positivo impuesto”.⁷ ¿Y debió tal Estado haber recibido un Derecho del Estado romano con una ley positiva, el *Corpus Juris*?, ¿Qué puede ser para un Derecho del Estado que, no contiene una sola frase de Derecho positivo, y no puede estatuir ninguna obligación jurídica para el Estado? Los príncipes alemanes han coaccionado a sus súbditos bajo el yugo del Derecho privado romano y no para ganar para el poder de su Estado un nuevo Derecho, sino para liberarse de todo Derecho, para retornar a esa libre esfera, para la que el *Corpus Juris* pone freno ante el poder del Estado absoluto, el que le reserva al monarca absoluto. Para este principio político del absolutismo, según el cual el poder del Estado fue aplicado libremente, los príncipes alemanes y sus juristas han utilizado, siguiendo la terminología del *Corpus Juris*, el concepto de *juspublicum*, el título honorario de un derecho; puesto que el poder del Estado sin límites jamás ha renunciado a disimularse bajo una terminología jurídica y han encontrado en todos los tiempos juristas, que quizá no sin una intención de engaño, sin embargo, seguramente sin el éxito de engaño y sin mayor límite y de manera consciente, los denominan con los medios de la flexibilidad del lenguaje y moviendo los límites conceptuales, como Derecho del Estado y a dicho poder le han atribuido el nombre y la apariencia de la pretensión de validez jurídica.

La autoridad de los juristas romanos, a cuyo *juspublicum* se puede invocar, llegó a ser solo demasiado débil y a menudo demasiado sobrevaluada. Con los conceptos generales del Derecho, en especial con el concepto de Derecho, no se adoptó con mucha precisión como fundamento esta eminentemente práctica y la más abstracta de las teorías del antipático gremio de juristas. Sobre todo en el concepto de *juspublicum*, en la medida que contiene el Derecho del Estado, no se observan de manera precisa, estrictamente, las fronteras entre Derecho y Política. Precisamente aquí los romanos, congruentes con su concreta perspectiva real sensible, han querido aprender,

⁷ *Ibidem*, pp. 51 y ss.

como a menudo sucede con un concepto jurídico dado en la realidad, las relaciones de vida reales que deben ser reglamentadas por normas y no estas normas en sí mismas. Se pensó sobre las relaciones estatales, las relaciones de poder fácticas, cuando se habló del Derecho del Estado, tal y como se pensó de las relaciones fácticas económicas y de otro tipo cuando se habló del Derecho privado, que para una estrecha perspectiva lógica sólo es el contenido conceptual de las normas que regulan estas relaciones. Y el concepto de un *juspublicum*, de un Derecho del Estado, con el que se designó a las relaciones estatales, se confundió en la conciencia de un jurista romano con la situación que estas relaciones, total o parcialmente, excluyen una reglamentación jurídica, que el poder del Estado, la *summopotestas*, estaba en el *princeps legibussoluta*,⁸ lo que no significaba otra cosa que fue negado un Derecho del Estado.

Esta retrospectiva de historia jurídica y conceptual es necesaria, porque hace deslumbrar a algunas tendencias de las más modernas teorías del Derecho; porque se constata en la jurisprudencia actual y en especial en las expresiones del Derecho del Estado, de tal manera que, aun cuando en menor medida y de manera menos visible, no obstante, conciben de manera similar al Derecho descrito. El reconocimiento que sin Estado de Derecho no existe Derecho del Estado se perderá gradualmente. La evidencia que sólo se entiende un Estado sometido a un orden jurídico, que sólo se entiende jurídicamente a un poder público Estado vinculado a normas jurídicas, que sólo el Estado pensado como sujeto de derechos y obligaciones puede ser construido jurídicamente, porque jurídicamente entendido, jurídicamente construido, no significa otra cosa que poner al orden jurídico en relación; este postulado fundamental de toda Lógica jurídica está siendo olvidado. Esto es en una primera consideración aún más raro, cuando el desarrollo histórico-político desde la *receptión* del Derecho romano muestra la clara tendencia de una expansión del Estado absoluto al Estado de Derecho y la teoría en materia de un Derecho natural estatal aspira a un Estado de Derecho positivo. Paso a paso ha sido sometido el poder del Estado al orden jurídico. Primero en las relaciones financieras: el Estado como fisco; después se planteó la exigencia para someter también al orden jurídico a las relaciones de poder del Estado con sus súbditos y con ello crear la posibilidad intelectual de entender las funciones de poder del Estado como contenido de las obligaciones y derechos jurídicos y con esto representar al Estado, no obs-

⁸ Del latín *summopotestas*; español: el poder supremo.

tante, como portador del orden jurídico que obliga y faculta. El Estado en la total integridad de sus actividades, de sus muchas y diferentes expresiones de poder construidas como personalidad jurídica, éste es el fundamento del Derecho del Estado, cuyo presupuesto lógico lo es el Estado de Derecho. El “Estado de Derecho” naturalmente no en el sentido de un poder de ejecución de la pena, Estado limitado al aparato de la justicia, sino Estado de Derecho en el sentido de un Estado determinado en todas sus actividades por un orden jurídico, Estado entendido jurídicamente en todas sus direcciones esenciales, esta es la idea del Estado de Derecho, que se ha enraizado tan profundamente en el espíritu alemán, que siempre se hizo valer contra el principio del absolutismo, cuyo reverso de la medalla teórica es la renuncia a la construibilidad jurídica del Estado. Y esta idea del Estado de Derecho enraíza más profundamente que los argumentos sencillos de cajón que aquellos sostienen, los que desean enterrar a sus muertos.

Las Constituciones que hoy valen en Austria⁹ y Alemania¹⁰ incorporan plenamente esta idea del Estado de Derecho. Pues la lucha política por esta idea se ha visto coronada como el precio de la victoria con las constituciones que actualmente se encuentran en vigor. Quien desarrolla teóricamente la idea del Estado de Derecho, no desarrolla sólo la idea de un Derecho del

⁹ Las bases de la Constitución austriaca lo eran en 1913 esencialmente las siete leyes de la fundación del Estado de 21 de diciembre de 1867, las que hoy se nombran de manera resumida como la “Constitución de Diciembre”: Ley del 21 de diciembre de 1867, con la que se cambió la Ley Fundamental sobre la Representación del Imperio de 26 de febrero de 1861, RGBI –*Reichgesetzblatt* (Diario Oficial del Imperio)– 1867/141; la Ley Fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867 sobre los derechos generales de todos los ciudadanos del Estado para los estados y el imperio representados en el Consejo del Imperio, RGBI 1867/142; Ley Fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867 sobre el Poder Judicial, RGBI 1867/144; Ley Fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867, sobre el ejercicio del gobierno y del poder ejecutivo, RGBI 1867/45; Ley del 21 de diciembre de 1867 relativa a las materias comunes de todos los países de la monarquía austriaca y sobre la forma de tratarlas, RGBI 1867/146; Ley de 21 de diciembre de 1867 con la que se determina el momento con el que la Ley mediante la que se cambia la Ley Fundamental sobre la Representación del Imperio de 26 de febrero de 1861, la Ley Fundamental del Estado sobre los Derechos generales de los ciudadanos del Estado para la representación de los países y el Imperio en el Consejo del Imperio, la Ley Fundamental del Estado sobre la instalación del Tribunal Imperial, la Ley Fundamental del Estado sobre el Poder Judicial, la Ley Fundamental del Estado sobre el ejercicio del Poder del Gobierno y del Poder de Ejecución, finalmente la Ley de las materias comunes a todos los países de la Monarquía Austriaca y la forma de tratarlas, RGBI 1867/147.

¹⁰ Ley relativa a la Constitución del Imperio Alemán de 16 abril de 1871, RGBI, p. 63.

Estado en sí, sino también muestra las formas jurídicas válidas para nuestro actual Estado. Y se han pronunciado fuerte voces que han declarado como superado al Estado de Derecho a la vez que sostienen como posible, como necesario, un Estado de Derecho moderno que no tenga más como presupuesto el Estado de Derecho. Ellos llaman la atención sobre la administración del moderno Estado, el que en su diversidad, que con su multitud y variedad de fines, se sustrae por su propia naturaleza a la reglamentación jurídica, tal y como ella resulta posible y necesaria para la actividad judicial del Estado. La administración estatal tiene que ir más allá, a diferencia de la jurisprudencia, de un concepto de un simple ejecutivo del orden jurídico –bajo el que resumió el concepto de la teoría del Estado de Derecho de la que deriva la idea del Estado de Derecho a mediados del siglo anterior la actividad de la justicia y de la administración del Estado–. La administración se define como la actividad libre del Estado para el cumplimiento de sus fines. Cuando, sin embargo, al lado de la teoría de la administración, debe existir también el Derecho administrativo como parte esencial del Derecho del Estado, entonces por lo mismo no se puede entender otra cosa que las normas jurídicas mediante las que se reglamenta la actividad de la administración del Estado, mediante las que esta expresión del poder del Estado aparece como contenido de las obligaciones jurídicas y de los derechos del Estado. Como todo Derecho, también el Derecho administrativo puede significar según su esencia sólo obligatoriedad, no libertad del objeto regulado por el Derecho. Cuando alguna conducta humana, algún hecho se reconoce como acto de Estado (acto administrativo), es decir, se le imputa al Estado, cual otro criterio puede ser aquí competente que al actor se le dotó de competencia para su conducta por el orden jurídico como órgano del Estado –esto es, el Estado fue obligado o facultado por el orden jurídico para esta conducta– ¿Cuándo debe ser calificado el acto jurídico como acto del Estado? ¡Tales atribuciones de competencias mediante las prescripciones jurídicas no tienen que reglamentar a detalle la actividad administrativa! La libre discreción, la que para la esencia de la administración resulta necesaria, puede ser atribuida en un amplio margen. Sin embargo, que la administración y que una determinada autoridad deba ser competente en una determinada materia, el si cuando así, como el cómo de su conducta, tiene que ser estatuido en el orden jurídico, si bien el cómo en lo particular puede ser reservado –por el orden jurídico– a la libre discreción del órgano. Y cuando la teoría dominante del Derecho del Estado cumple el principio que la administración del Estado se encuentra

capacitada para todo lo que el orden jurídico de manera expresa no le veta, entonces ese mandamiento debe ser un mandamiento del Derecho, esto si se quiere construir jurídicamente la administración. Pues la construcción jurídica de la administración no significa otra cosa que poner esta actividad del Estado en una relación con el orden jurídico, aunque si bien todavía en una relación jurídica débil, así como a las competencias de las autoridades en una prescripción jurídica, aunque también en una prescripción jurídica en blanco. Después, sin embargo, tienen que expresar a todas las actividades administrativas en su relación con el orden jurídico –y esto jurídicamente es lo único relevante– como ejecutivo de ese orden jurídico. Y el concepto de Derecho administrativo, el que no tiene que comprender esta exteriorización del poder estatal en la totalidad de su realidad, sino sólo tiene que captar su cualidad dada por el orden jurídico, su relación con el orden jurídico, se tiene que diferenciar del concepto de administración económico-político, del concepto de la administración, de la teoría de la administración de manera intelectualmente necesaria mediante su unilateralidad y delimitación formal. ¿Debería la oposición en contra de la doctrina del Estado de Derecho, la que sólo es la doctrina del Derecho del Estado y a causa de su significación formal pura se acomoda a cada Derecho administrativo tanto a aquella que reglamenta a la actividad de la administración en detalle, como aquella, que deja a la libre deserción de la administración del ámbito más amplio, si sólo debe ser un Derecho administrativo? ¿Debería la oposición en contra de la Doctrina del Estado de Derecho ser tan miope para no entender que el concepto de Derecho de la Administración, tal y como aquí ha sido desarrollado, también resulta compatible con la completa y variada administración del moderno Estado de la Cultura? O, más bien ¿Debería remitir la antipatía que siempre llega a ser más fuerte en contra de la doctrina del Estado de Derecho a fundamentos políticos y no jurídicos-formales? Si el principio proclamado de libertad de movimiento de las autoridades administrativas, según el cual la administración se encontraría facultada a todo lo que no se encuentra prohibido por el orden jurídico, el que no se puede deducir como una prescripción jurídica de las constituciones positivas, y si por eso la actividad de la administración necesita, en especial, con la ampliación de sus competencias de una ley de plenos poderes que según el principio constitucional sólo entraría en vigor mediante la acción concertada del jefe de la administración, del monarca con el parlamento y si se quisiera evitar la injerencia del Parlamento en la actividad de la Administración por algún

tipo de razón política, con fundamento o sin él —resulte jurídicamente fundamentado o no—, entonces la oposición en contra de la doctrina del Estado de Derecho llegaría a adquirir una significación profunda, pues después vendría con ella la tendencia a la liberación de la Administración respecto al sistema jurídico, la aspiración de mover a la actividad soberana del Estado, que no es judicial ni legislativa, a una esfera libre del Derecho. Sería una oposición en contra de la idea del Estado de Derecho constitucional (el que sólo es un caso especial de Estado de Derecho) de conformidad con la ley en sentido material, esto es, las prescripciones jurídicas sólo pueden ser leyes en sentido formal, eso significaría entonces, que mediante la ley en sentido formal procedería la delegación a una autoridad del Ejecutivo. Después se aclararía la excéntrica situación de identificar el concepto jurídico de la administración con el mismo concepto económico político. Se pretende hacer valer como una relación jurídica a la relación de poder fáctica, en la que el Estado se exterioriza política y económicamente como administración, expresar a esta posición del poder del Estado como Derecho del Estado, si bien se excluye a estaal Estado de esta relación, precisamente esta posición del poder del Estado, del orden jurídico, la que conforme al principio constitucional requiere la forma de una ley.¹¹ Se aspira al absolutismo para una parte del poder del Estado, aunque no se quiere renunciar para esta parte a la terminología del Derecho. ¿No nos evoca algo semejante a lo que ya se dijo anteriormente sobre la *recepción* del denominado Derecho del Estado romano? ¿No se encuentre ligado aquí como allí con el abandono del Estado de Derecho, con la negación del Derecho de Estado?

El reconocimiento que la idea del Estado de Derecho, esto es, la idea de una persona estatal sometida al orden jurídico, es el presupuesto lógico de todo el Derecho del Estado, nos lleva también a una consecuencia para la sistemática del Derecho. La muy antigua separación entre Derecho privado y público que adoptaran los romanos descansa, en su significación esencial, en la idea que se enraíza en el círculo de ideas del Estado de policía absoluto y que resulta incompatible lógicamente hablando con los principios del Estado de Derecho: que la persona del Estado está supra-ordenada frente a todos los sujetos restantes, mientras que éstos entre sí se encuentran ordenados en un nivel de igualdad y ésto debe generar la diferencia específica entre el primero y el segundo grupo de relaciones jurídicas. Sólo según el principio

¹¹ Bajo *Exemption* (latín: *exemptio*; español: extirpar, separar) se entiende la excepción y liberación de una carga general impuesta.

de Estado de Derecho resultan relevantes las relaciones-jurídicas de supra y subordinación entre los sujetos jurídicos y el orden jurídico. Este orden jurídico es, sin embargo, la persona del Estado, en tanto que se le piense como sujeto de obligaciones y derechos, asimismo subordinado como todo el resto de las personas y, por eso, todas las otras personas se encuentran coordinadas en relación con el orden jurídico —el que es la única relación jurídicamente relevante—. Lo que siempre debiera ser el contenido de derechos y obligaciones, que acerca al Estado con base en el orden jurídico a los otros sujetos de derechos y obligaciones, viene en consideración para la concepción jurídica-formal sólo en su forma específica, que le es común en sus relaciones con el resto de los sujetos: la forma de los derechos, obligaciones o facultades. Y esta coincidencia formal con la posible diferencia de contenido material es lo que viene en consideración en la construcción jurídica como coordinación de la persona estatal con el resto de los sujetos de Derecho. Es clara la significación práctico-política de esta idea de un Estado en las relaciones jurídicas con todos los otros sujetos de Derecho igualmente ordenados, que como personas subordinadas al orden jurídico cumplen obligaciones jurídicas o tienen que hacer válidos sus derechos, donde el Estado antiguamente ejercía su poder como simple depositario del poder fuera de todos los derechos. Sin embargo, también es claro que el Estado puede ser pensado sólo como supra ordenado a todos los otros sujetos, cuando el mismo no se encuentra sometido al orden jurídico, lo que hace incompatible en Lógica jurídica a la personalidad del Estado con el factor de poder pensado fuera y por encima del orden jurídico. En el Estado policía, al igual que en la tardía monarquía romana, fueron excluidas, en gran parte, las relaciones del poder del Estado con los súbditos y en esa medida no era un sujeto igualmente ordenado al Derecho sino sujeto de poder supra-ordenado; si se resumen estas relaciones bajo el concepto de *juspublicum*, entonces significa lo contrario de Derecho público y privado, lo contrario del verdadero Derecho, el no Derecho, el poder libre de Derecho, que se atribuye falsamente el nombre de Derecho. Así, el mantenimiento de un criterio también bajo el dominio de la idea del Derecho significa una permanencia en el círculo de ideas del Estado policía, una tendencia teórica, no sin intención política. Una sistemática del Derecho adecuada a la idea del Estado de Derecho falta hoy día.

La idea del Estado de Derecho no ha sido superada, su completo y universal desarrollo jurídico es tarea del futuro.